الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية أدرار

كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية   قسم: الشـــريعـــــة

حق الأمن الفردي في الشريعة الإسلامية و القانون الجنائي الجزائري

- دراسة مقارنة -

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير

التخصص: العلوم الإسلامية
الشعبـــــــة: شريعة و قانــــون

إعداد الطالبة: إشراف الدكتور:

كابويا رشيدة   محمد دبـاغ

أعضاء اللجنة

الرئيس: الدكتور ميلود سرير أستاذ محاضر بجامعة أدرار

المشرف: الدكتور محمد دباغ أستاذ محاضر بجامعة أدرار

المناقش: الدكتور عز الدين يحي أستاذ محاضر بجامعة أدرار

المناقش: الدكتور صالح حمليل أستاذ محاضر بجامعة أدرار

السنة الجامعية: 2006 - 2007م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرائيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعا﴾.

المائدة: الآية 32.

روي عن عمر أنه قال «ليس الرجل بأمين على نفسه إن أجعته أو أخفته أو حبسته أن يقر على نفسه ».

مصنف بن أبي شيبة. 5/493.

قال أحد شعراء العصر:

- قتل امريء في غابة جريمة لا تغتفر.
- وقتل شعب آمن مسألةٌ فيها نظر.

من كتاب: حقوق الإنسان في الإسلام لمحمد الزحيلي.

شكر وتقدير

-أشكر الله عز وجل ذا الجلال والإكرام والذي أعانني بالصبر والإقدام على كتابة هذه المذكرة، وبث في نفسي حب العمل والإصرار على إتمام الجهد.

-كما أتقدم بالشكر لأبي وأمي حفظهما الله، وإلى رمز العطاء والحب، والحنان والكرم "عمتي" عرفاناً بمجهوداتها، وتقديراً لتضحياتها في سبيل وصولي لهاته المكانة الرفيعة.

-شكري الخالص إلى أستاذي الفاضل/ دباغ محمد والذي حظيت بشرف إشرافه على مذكرتي.

-شكري المقدس والمبجل والمصحوب بعبارات التقدير والاحترام للأساتذة، وإلى مدير الجامعة ، وأمين المكتبة، وإلى زملائي وزميلاتي في الدراسة والعمل وإلى عمال المكتبة.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله الذي أخرجنا من ظلمات الجهل إلى نورانية العلم، وجعلنا نحاول استفراغ جهدنا لكتابة ما ينفعنا وننفع به، واجتناب ما يضرنا ونضر به.

كان الدين وما زال هو الإطار القويم والمرجع الضابط لتصرفات البشر، عبر العصور المختلفة، فهو ميزان للعاقلة، ومفتاح للأمانة. إذ هو الأساس الذي ينبني عليه المنظور الشمولي للإنسان، ومآل أمره، وهو السلطان الحاكم للنفس والعقل والمال والأعراض. والدين بقوته الضابطة وقواعده المحكمة ليس مجرد تشريعات جامدة، بل هو عبر التطور التاريخي للإنسان والوجود الإنساني. والشريعة الإسلامية الربانية واعتبارها شريعة كاملة مستوعبة لجميع أمور الناس، بقوة الشريعة كفلت الطمأنينة والاستقرار للمجتمع الإنساني، ومنذ أن أرسى الله قواعد الشريعة الإسلامية وجعلها شريعة مرعية في الدماء والنفوس والأموال والأعراض، حفظ الضروريات الخمس، وحفظها من كل شر، ووقايتها من كل ضر، وأقر حفظ الضروريات وبدل الجهود الكبيرة في حفظ الإنسان الفردي، لأن النفس لا تستطيع القيام بوظيفة الاستخلاف والتمتع بالقوة إلا بأمن أمورها، وكون الأمن والاستقرار المعنوي، والاطمئنان الروحي، والسكينة الإلهية وسيلة للسعادة الدنيوية، والراحة الأخروية.

والإسلام جاء بحفظ الضروريات الخمس وهي حفظ "الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال"[1]. فالدعوة إلى حفظ الدولة وحفظ الكرامة الإنسانية، مع قول العلماء «اتفقت الأمة بل سائر الملل على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه»... حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، ليس كل ما هو ضروري للإنسان حيث إن حفظ الدولة وحفظ الكرامة الإنسانية أيضا من الضروريات، والضروريات ليست محصورة في الخمس، بل هي متغيرة والكرامة الإنسانية[2].

---

(1) الشاطبي، الموافقات، (دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية 1996)، ج2، ص:326.

(2) عبد الله الكمالي، مقاصد الشريعة في ضوء فقه الموازنات، (دار ابن حزم، طبعة2000)، ص:131.

ƾ قاصد الƨرورية ا تفيǊ عليها ǫسة، وƜن كان ƅƢǸƬƳ وǄ حفǛه ƅŒ لغƔ ƎƢƷ حفǜ الدولة والكرامة اƫنسانية واƫمƸ ƹƢƸ ƙƢǠƬعتبارƧ ƢƸƬƨرورات اƅتمع، ƺغية الǸفيǊ واƅاǻنة العاƔلة ƽ Ǌ ا الفرƔي للسƢƫمة وا ƅرية الƅƼƨية، وا ƽ Ǌ اƢǼƬ ƜƢǠƬا ƆƴǼ Ǆ حǊ الدولة Ǆ ƢƷارƔة الفساƔ والقƨƢƟ عƆǲ اƅرƹم .

كƢا أن حǊ ا ƢƸƳ ƢƸ ƹامور اƅƢǻ ƢǼǴƳ ǦǳƢǟ الدنيا ƾǼǟ ǺƥاƢǨƦ «أƔƤ الدنيا والƢƨين»، «اعلم أن ما ƻه ǦǳƢǟ الدنيا، حƢǌ ǦǳƢ أحوالǶ منتƢǜمة، وأمورǽ ملتǈƯƢة، ستة أƢǌياƔ هي قواعƢƭ ƆƜƾ، وƜن ƬǨفرعƬ، وǿي: Ɣين ƢƸƦƬع، وسلطان قاǿر، وعدل ƢǌƢامل، وأمƢƳ عاƅ، وǐƤ ƢƯƢǻ ƆƢǻƢǨƯƢƦƯ، وأمƆ فسيƄ»[1].

وƢƴƬرا ƅ ƾǼǟǼƬƥƢƫ ƾǼǟ التنƢƴيƢƥƢت والقوا ، ƢƸƥƢƸƬƷƢƫƢǻ ƢƥƢǨƬǻ ƾǼǟ الدولة ƆǲƸǋ ƢƷ ƾǼǟ ƆƢƷ ƆاƢǨǼƨلاƾǼǟ يا الاجتƢƢعيƆƢƸ ƆƢƷƢǸƯƢǸǌ وƢǸǌدƔ ƢǸƯƢǻƾƬǻƢǻ مهدƔ الفرƔ أصبƠ ƢƷرائم ƢƷƢǳ ƙƢǈƬƷƾǼǟ ƆƢƷƢƷ ƢƴƬƸƷƆ جرƢƦي كانƬ، ƆƢǼƯƢƸǐو ƢƷƢǠƬƯƢǻ ƾǼǟ ، ƾƷƢǳ ƢƷ صا ƢƷǳƾǼǟ ƢǨƬƷ ƾƦƾǼǟ ƆƢǸƯ ƆƢƷ كلƢƷ ƆƢƷǔǟƢƷ ƆƢƷ ƢǨƯƢƷ ƆƢƷ ƆƢƷ ƆƢƷ ǧ عدƢǸƯ ƆƢƴƬƴǻاليتها، والقول ƺعدƢƯƢǻ ƢƫƢǸƯ ƢǼƯƢƸƷ ƆƢƷƢƬ أƢǳم مقاصد الƢƷƢǸǔƨانات ƆƢǸƬƯƢǻ ƆǲƯƢǸƬƯƢǼƬƸƫƢƬƯƢƦƯ ƦƯƢǻ ƆƢǻǸƯƢǻ ƆƢǻƦƯ ƢƷ ƢǟƢƬƸƯاليتها وأƢƷǂها علƆ حǊ ا ƢƸƳ ƢƸƸ الفرƔي موƢǟǼƴƫ للبƢƷƢƯ ƢƸƯƢƯ مƢǼƯ ƢƷ ƢǌƢƸƯƢƸƷ ƆƢǸƯ ƆƢƷƢǸƯ ƢǸƯƢǼƯƢƷ ƆƢƷƢǸƯ ƆǲƯ الƢƷƢǸƯانات وƢƷƢƯƢǻ ƆƢƷ ƆƢǸƯ ƆƢƷ ƢƷ ƢƷƢƯ ƆƢƷ ƆƢǸƯ ƆƢǸƯ ƆƢƷ ƆƢǻƢǸƯ ƆƢǻƢƦƯ ƢǸƯ ƆƢǸƯ ƢǸƯ ƆƢǸƯ ƆƢǼƷƢƷ ƆƢǸƯ ƢƷ ƆƢƷ ƢǌƢƷ ƆǸƯ ƆƢƷƢǸƯ ƆƢǸƯ ƆƢǻƢǸƯ ƆƢǸƯ ƆƢƷƢǸƯ ƆƢƷƢǸƯ ƢƷ ƆƢƷƢǸƯ ƆƢƷƢǸƯ ƆƢǻƢǸƯ ƆƢǸƯ ƆǸƯ وƢƷاية حقوفهم.

1- *تحديد إشكال البحث*: وينطلǪ Ɯƫكال البƢƷث مƢǻ ƆƢǻƢƷƢƬ رفعة ƢǸƯ رائم Ǆ ƆƢƷ يا الاجتƢƢعية مƢǻ جهة، وعدƅ الاحتكاƅ للƢƨƥƢƷ الƢǌرعية للقول ƢƦƯƢǻ ƢƷƢǻ مƢǻ جهة أƆƢǻƢƯ، وƢƦƯƢǻƢƬƯ ƢǸƯƢǻ ƢƯ ƢƷǂ ƢǸƯ ƢƯ ƢǻƢǸƯ ƢƷ ƢƷƢƯƢƷ ƆƢǸƯ الƯƢƷƢǸƯ ƆƢƷ ƢǨƦƴƳ ƢƦƯ ƢǸƯ ƆƢǸƯ ƢǸƷƢƬ. ƆƢǸƯ ƢǼƯ ƢƷǂ ƢǸƯ ƆƢǸƯ ƢƷƢƷ انعداƅ للƢƨƥƢƷ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢƷƢƯ ƆƢǸƯ ƢƷ ƢǸƯ مكانية ƢǸƯƢǼƯ ƢƷ ƢƯƢǸƯ الƯرƔي مكفول ƢƷƢǸƯ Ǆ الƢǌريعة ƢǸƯسƢƫمية وكƢǸƯ القانون الوƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ اƢƷǻسانية ƆƢǸƯ Ƣǌرعية مقاصدية ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ عاƔلة ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ جراƢǸƯ ƢǸƯ وƢǸƯصفه وسيلة لتطبيǪ العدالة ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ أصول Ƣǌرعية ومواƔ قانونية وƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ الفرƔي مƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ سلطة الدولةƝ وƜن كان ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ الƢǌكال العاƅ، ƅƜ أنƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ البƢǸƯث سƢǸƯحاول ƢǸƯجاƢǸƯ ƢǸƯ علƆ ƢǸƯ ƢǸƯسئلة اƢǸƯتية:

- أ- ƢǸƯل مبدأ قرينة الƢǸƯ ƢǸƯ أساƢǸƯ ƢǸƯ وجوƢǸƯ النƢǸƯ ƢǸƯ القانوƢǸƯ الوƢǸƯ ƢǸƯ، أƅ أن جƢǸƯورƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯتدƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ أحكاƢǸƯ وأصول الƢǸƯ ريعة ƢǸƯسƢǸƯمية، وما أƢǸƯم ƢǸƯ الƢǸƯانات الƢǸƯ يقررƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ النƢǸƯ ام ƢǸƯ
- ƢǸƯ - ƢǸƯل الƢǸƯانات الƢǸƯ اصة ƢǸƯالنƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯجرائية كاƢǸƯية ƢǸƯفرار حǊ ا ƢǸƯ ƢǸƯ الفرƔي، أƅ أن أƢǸƯداƢǸƯها ƅ ƢǸƯكفل ƢǸƯ ƢǸƯ ƢǸƯ

(1) ا اوردي، أدب الدنيا والدين، قيق، مصطفى عبد القادر عطا، (مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثالثة، 2004)، ص:95.

ت- ـﻟ ﮭﻛ ﺗﺣدﯾد العقوﺑﺎت ﻓﻲ جرائم اﻟـ دوﻟﺔ ﯾناﻗض القول ﺑﺎﻹنسانية اﻟﺗرﯾعة اﻹسﻼمية، أي أن ﯾﺗرك اﻟـ دوﻟﺔ له ﺗوصﯾﺎﺗﮭﺎ لتقرير العقوﺑﺔ عند حالات ﺗﺗدﺧل، وﯾروﻋﻰ ﺧاصة، وﺗﺗرﻚ ﻟﮫﺎ ﻣروﻧﺔ ﻓﻲ ﺗﺣﻘﯾق ﻣقاصد اﻟﺷرعية ـﻟﻌﺎﻣﺔ.

ﺛ- ـﻟ القول ﺑﺎﻹمكانية ﺗﻘﻧ التعﺑير ﻋﻧﮫ ﻛﻧﺗﯾﺟﺔ ﻣﺟرد ﻓﻲ اﻟﺗﺷرﯾﻌﺔ اﻹسﻼﻣﯾﺔ.

ج- ـﻟ ﻣﻛ القول ﺑﺈن قانون اﻹجراﺋات اﻟـ ﻧﮭائية ﯾﻧﮭ أثري ﻛﻔل ﺣق اﻟﻔرد ﻓﻲ اﻟﻔرﺪي ﻓﻲ مرحلة التﺣﻘﯾق الاﺑتداﺋﯾﺔ، أي أن ﻓﻲ ﺗﺣﮫ مواﻗﻊ ﺛﻐرات موجبة للنظر والتمحيص.

ح- ـﻟ اﻟـ ﻓﻲ اﻟﻔردﻲ اﻟﻔرﺪي ﯾﺗﻣﺗﻊ ﺑﮫ ﻋﻠﻰ ﻋﮭد، أي أن ﻋﺎﻧﯾﺔ ﻓﯾوﻗﻊ ﺿررا ﻋليه وﯾﺣد ﻣﻧ اﻟﻔرﺪﯾﺔ ﺑﮫ حفاظا ﻋﻠﻰ اﻟﻣﺻﻠﺣﺔ اﻟـ ﻌﺎﻣﺔ.

2- *أهمية الموضوع*: للبحث أهمية ﻛﺑرى ﻧﺗﻠﻣﺳﮭﺎ ﻓﻲ نواحي عدة سواء ﻣﻧ الوجهة النظرية أو اﻟـ يا العملية، وﯾﻣﻛن ﺗﻠﺧﯾص أهميته ﻓﻲ:

أ- كون البحث ﻓﻲ ﺣق اﻟـ ﺣرية اﻟﻔرﺪي يلتصق ﺑالدراسة حقوق اﻹنسان الذي كاﻧت ولا ﺗزاﻟ ﺗﺷﻐل ﺑال اﻟـ ﻔﻛرﯾن، وأﻛﺛر الباحثين .

ب- البحث يساهم ﻓﻲ ﺑيان الضمانات اﻟـ ﻣمنوحة ﻟﻠﻣﺗﮭم ﻓﻲ مرحلة التحقيق، ﻟﺎﺳﯾﻣﺎ الضمانات التي ﺗﻌﺗﺑر جهاز رقابة ﻋﻠﻰ سلطات الدولة، ﻛﻣﺎ أنها السبيل الوحيد لتطبيق القانون ومواجهة ﺗﻌﺳف أجهزة الدولة.

ت- موضوع البحث ﺑﻐاية اﻷهمية، ﻓﺎﻹنسان لا يستطيع القيام ﺑواجباته الدينية ولا الدنيوية، ولا أن يستمتع ﺑا ﻟﻘوة اﻟـ ﻣمنوحة إليه، ﺑفقد اﻷمن ﺑالأمور ﺑﺎﻟﺣرﯾﺔ والراحة.

3- *أسباب اختيار الموضوع*: ﮭﻧﺎك أسباب ﺷﺧﺻﯾﺔ وموضوعية جعلتني أختص موضوع ﺣق اﻟـ ﺣرية الفردي ﺑالبحث وهي:

أ- الاهتمام ﺑا والمواضيع ذات الصلة ﺑﺣﻘوق اﻹنسان.

ب- الرغبة الشخصية ﻓﻲ التطلع ﻋﻠﻰ مدى كفالة اﻟـ ﻓﻲ اﻟـ ﺣرية الفردي وكذلك التشريعات النظرية اﻟـ ﻣﻧﺎﺋﯾﺔ اﻹسﻼمية ﺑالبحث ﻓﻲ اﻟـ مواضيع اﻟـ متعلقة ﺑه، ﺧﺻوﺻﺎ والدراسات قليلة ﻓﻲ ذلك المجال ﻋﻠﻰ حد علمي.

ت- ﻷن ﺣق اﻟـ ﺣرية الفردي ﻣﻧ أﺧﻄر البحوث وأصعبها، ﻷنه ليس ﺣقا عاما أو قانونيا أو قضائيا أو ﺷرعيا ﻓﻘدر ما هو ﺣق ﻹنسان، وهو ﺧﻼصة ومبتغى اﻟـ ﺟميع، ﻓهو ليس وليد اﻹنسان العصري ولا القانون الوضعي، ﺑل هو امتداد الوجود اﻹنسان.

4- *أهداف الموضوع*: من خلال البحث في الجرائم الفرعية أود تحقيق الأهداف التالية:

أ- التأصيل الشرعي والقانوني للجرائم الفرعية.

ب- محاولة بيان معالم وأسس النظرية الجنائية في الإسلام.

ت- دحض الأفكار القائلة من أن الإسلام لا يعترف له بالحقوق للإنسان وأنه لا يهتم بحقوق وحريات وضمانات المتهمين من كل تعسف وجور، وأن عقوباته ما ينافي إنسانيته.

ث- إظهار التراث الفقهي الإسلامي، وإبراز مدى التقدم الفائق في بحوث واستنباط أحكام الشريعة لتقديم دراسة كاملة ذات منهج سديد ونظرية متكاملة عن الجرائم الفرعية.

5- *تحديد مجال البحث*: إن الحديث عن الجرائم الفرعية، وعن الضمانات الشرعية الإنسانية حديث واسع جداً، يحتاج لكتب مستقلة، وصلاً واستمراراً، يتعلق بالقواعد الأصولية المقررة للسياسة الشرعية والجرائم الفرعية من جهة، وبيان ومعرفة الضمانات والحقوق المكفولة للمتهم من جهة أخرى. ولكن البحث سيقتصر على بيان أهم دعائم النظرية الجنائية في الجرائم الفرعية، وكذا فعالية الضمانات على القيود الواردة على الحق في الجرائم الفرعية في النظرية الإجرائية. وإن كان المجال في البحث القانوني بالكتب الخاصة بقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية، وبعض مراجع القانون العام. فإن البحث في الشريعة الإسلامية يحتاج للجهد الكبير بسبب تناثر أحكام الشريعة وحقائقه في كتب الفقه والأصول، والكتب الخاصة بالقواعد الفقهية، وكتب المقاصد، والسياسة الشرعية، وكتب التفسير، والكتب المدرجة للحديث وشروحه والحكم عليه. ولذا كان البحث في الشريعة الإسلامية صعب جداً مقارنة بالبحث في القانون الوضعي.

6- *الدراسات السابقة*: في الحقيقة لم أعثر لدراسة سابقة في الشريعة والقانون أي دراسة أكاديمية مستوفية لجميع شروط وأركان البحث العلمي، وإن استفدت من مقال عبارة عن مداخلة بعنوان «الجرائم في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون الوضعي»، وبعض عناصر البحث كالتعليق على مفهوم الجرائم من خلال مقال «الجرائم في الشريعة الإسلامية».

7- *صعوبات البحث*: ومن خلال البحث في الجرائم الفرعية اعترضتني صعوبات جمة، لكنها لم تحد من عزيمتي وإصراري على البحث وأهمها:

أ- صعوبة ا قارنة الفعلية ة الƗ ريعة اlqسƔمية والقانون الوƬ ƖƵ، وƩلة راجƖ عƖن ƝƖƔ اƖƬƟ Ɣوƙ اƔ اصل ةينهما منهما ƓƱƗ وهÔدراƙ ، وأساساً.

ƀ- قلة الدراسات السابقة ا ةƩƖ،ÔÔÁ ƧƲ ƕ م عنه ا ƖƬƖطراƌ Ž ơƖديƖد عناصƖر ا و ƖƬ و ƫƔ اƑ ساسية.

ت- صعوبة الوصول ƃ ة ƸƗ ا راجع، وكƖǿ ا الدراسات والرسائل ةات ا نهƍ ا قارن وةƖƖلƃت انعداƭ الاستفاƐƊ ƑƇ ƛ طريقة ومنهƍ البƞƵث ةيها.

ƥ- صعوبة التوƦ ƲƆة الدراسة والعƭل.

8- *منهج البحث وطريقة العمل*: ا نهƍ العاƭ Ž البƞƵث ƣو اƾƖƬا منهƍ ا قارنة، وƾƙ كانƘ ƺة ƀ ةƖ الاجتهاƐ، للوقوƛ عƔ نقاƨ اƫƖƙ والقوƏ ة التƪƭƖ القانوƆ الوƬ ƖƵ والتƪƖƖ اƟ نائƵ اlqسƔمƵ، ةبغية Ɛراسة ا و ƖƬ و ƫ ƀ ƑƇ اوية ƙا ƕ ن التƪر ةƸ واحدƏ ƖƬالبا ƑƇ ƖƬا يلاƖƞƵلهƔ القƙور، كما وƫƊƓƲ ا نهƍ التƞليلي القائم عƔ ƙيد ƙا ƍƑ، وكƖƭ ا ƧƆة ƦƖƖ نيااو ƒƖƖƔليهها والتدليل عليها وصولاƃ Ɠ الترجيƕ ةينها أحياناƓ، وحاولƗ ƍ ƓƓƖƲ ا ا نهƍ التƾƙصيلƬ وƩلة ƖƑع ƪƖƞريƒ التƾƙصيل اƑƍكاƭ ƑƇ ƖƊ الƔ القرآن الكر والسنة النبوية والقواعد الفقهية واƑ صولية.

- ƬƫƖƲ Ž البƞƵث:

أ- ƗƃعƗƈ ا نهƍ ا ƃƖƖاƙ Ž ƒƖƖƍ ا ƑƇ حاƐيث وƣو ƾƙن كان ا حديث Ž البƀاري أو مسلم اكتفيƗƃ، وƾƙلا ƗƃجƊƖ ا حديث ƑƇ كتب السنƑƇ Ɛ ƑƖƖ رƫعة: أƗو ƐاووƐ، الترمƤي، النسائƬ وا ƑƇ ƖƊƖƖ، ƝƖƖƆاجة ƃ ƙƖƖ ƲƔمسند اƑqماƭ اƑƇد،وƾƙلا ƗƃجƊƖ ا حديث ƑƇ ةقية ا Ôنفات اƑƊƖƖƊ ، وأحكم عƔ ا حديث ما ا ƗƃتديƝƖƖ سبيƔƖ.

ƀ- ƗƖƃ أƖƖƃرجم للƗƖƖƩلƖƖƔقة اƖƖƬ هرƨƖم، وƗƖ أƖƖƃرجم لبعƸƗ ا عاصريƑƇ لعدƭ ƑƖƖƃوƥيفƬƲ Ž ا Ôول عƔ ƪ ƑƖƖƃرƫƨƖم واكتفيƗƃ ةالترƫƖƖƨ لبعƸƗ ƑƇ ورƐت أƨƖائهم Ž ا ƒ.

ت- وƓƃƲ رواية حفص.

وƐراسة حƥ اƑƊƖ الفرƐي ستكون ƑƖƖƙƆ ƱƖ مسبوƖ ةƖƖƔل ƭƖƖهيدي ƫفيقاƖƖ للƀطة التالية:

الفصل التمهيدي: ماهية حق الأمن الفردي.

المبحث الأول: ƖƃعريƲ ƒ ا ƥ Ž الƗ ريعة اlqسƔمية والقانون الوƬ ƖƵ.

المبحث الثاني: مƑƇƩƐا ƥ Ž الƗ ريعة اlqسƔمية والقانون الوƬ ƖƵ.

المبحث الثالث: أقساƭ ا قوƑ Ž الƗ ريعة اlqسƔمية والقانون الوƬ ƖƵ وموقع حƥ اƑƊƖ الفرƐي منها.

الفصل التمهيدي

ماهية حق الأمن الفردي

- المبحث الأول: تعريف الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .
- المبحث الثاني: مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .
- المبحث الثالث: أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،وموقع حق الأمن الفردي منها .

ǨǶǟȀ Ȋفوال وكǽȀت ا فاǩيم Ž العȂȀ ا Ƿl حول ǠȀية ا قوة ǡ ، وǩǭǶ راجع للǺǟȂ الكبȀ ا اصل Ž دǹديد ǩبيعة موحدǥ للǶǬȂ، وǺǟǽǹ ǠȀيǭ ǹ ǟامل ا ǲǭȀيǮ ǭǶ عناصǶȀ، وǪȂǟوصاً واǳȂǲǟ ا ǵȀǭ ا ǩȀيع ǸǸǟاحم Ž كǽȀǥ ا قوة وصعوǨة ǩǭǟنيفها ǳǾ جهة، وكǽȀǩǶǥ ا ǟȀ ǳǾ جهة أǹȀ؟. وŽ ǩǭǶ ا ǡ ǩبǩ ǵǭǟ ǩالǪǟǶǨ ǵǶǸǰǵ أن «ا ǶǲǟولاǽǶ ǩǟارات الرامية ǩǭǟǩابيتها الغرǨية قد ǩǵǬǶǺǩǭǟ ǝǭاǲ ǹولياً وعاǞياً لاعتقال ǹǭǵǳص، أو قتل ǹنسان، وǩǳǩǟ آǩǟǭǱ علǥ ǩǟǬǩȀǥ ǩǭǶ عب كامل، أو التنكيل Ǩه Ž حالات كǽǥ» [1] .

وسيكون ǨاǭǟǨ ǳǾ الدراسة Ž ǩǭǶ الفǵǭل ǩǟ دǹديد معا ǝ موحد للǶǬǽ ǭǩǶǩǲǩ ǥǶǨǩǶǨȀǩǶǨ ǭǶǨ

أǩǟراǩǹه،سواء Ž الǩȀريعة اǶǭǹمية أو القانون الوǭǟǩ، ǩǩǟǭǟ ǩǩǹ ǩǭǟولة اǹǭǹǭǹ مفهوǩǭǟ ǭǶǨ ا ǩǟǭǨ الفرǹي Ž ǩǭǟǩǟǭǟ ǹǭǟǭǹ ǩǭǟ له، وصولاً Ž اǭǟǹ لدراسة أفسǩǭǶ ا ǭǶǨ Ž الǩȀريعة اǶǭǹمية والقانون وǹديد موقع حǭ اǭǟǹ الفرǹي منها، وǩالتǹǭǟ ǹǭǟ سǹǭǟ حاول اǭǹǩǨجاǨة علǩ اǹǭǩǟكالات التالية :

1) ǩǭ الفقه اǶǭǹمي وǩوصفه ǩقه ا قاصد والفقه اǹǭǟامل ǹناول مسǩǟلة ا قوة Ž قواعدǥ وأحكامه وأصوله ǩǹǭ جانب كǩǟمه عǩǟ التكاليف والواجبات ؟

2) ما ǩǹǟ ا ǹǭǟد ǹǭǟ ا ǩǹǟع ǹǭǟ منǥ ا قوة ǩǭǟنداǹǭǟ Ž الǩȀريعة اǶǭǹمية ؟ وǩǭǟ ǩǹǭǟ الفقهاǹǭǟ واǹǭǟصولي ǹواحدǥ Ž ǩǟبيان ا ǹ ،وǹديد معا ه ،وǩقسيماǩه ؟وǩǭǟ ǩǭǟǭǟ أǩǟǩǭǟ ǩǟǩǭǟ عليه ǹǭǟǹكام ؟

3) ǩǭ ا فهوǩǭǟ ا قانوǹي للǹǭǟ ا فهوǩǭǟ اǹǭǟعǹǭǟ له ؟

---

(1) ǩمد الزحيǹǭǟ ،حقوق اǹǭǟنسان ا ǹǭǟم "دراسة مقارنة مǹǭǟ ا ǹǭǟ العا و ا ǹǭǟ اǹǭǟمǹǭǟ حقوق اǹǭǟنسان " (دار الكǹǭǟ الطيب،بǹǭǟوت،الطبعة الثالثة 2003) ص:62 .3

المبحث الأول : تعريف الحق في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي .

المطلب الأول : تعريفه لغة :

الحق نقيض الباطل، وجمعه حقوق وحقاق، وليس له بناء أدنى عدد، وحق الأمر يحقه حقاً وأحقه :كان منه على يقين .

حق الأمر يحق ويحق حقاً وحقوقاً: صار حقاً وثبت ، وفي التنزيل قال (الذين حق عليهم القول) أي ثبت[1].

الحق من أسماء الله أو من صفاته ،والقرآن ،وضد الباطل ، والأمر المقضي (والعدل والإسلام، والمال، والملك، والموجود الثابت، والصدق ، والموت، والحزم واحد من الحقوق)[2].

وبعد عرض أهم المعاني اللغوية للحق يمكن ترجيح معنى الثبوت و الوجوب كما ذهب إليه الدكتور مهران ، لأن بقية المعاني متفرعة عنه ومستمدة منه[3].

والسبب الذي دعا لترجيح معنى الثبوت هو صفة الحق في الشريعة الإسلامية لأنه يقوم على الثبوت ولا يتحول .

المطلب الثاني : تعريف الحق عند قدامى الفقهاء والأصوليين.

لم يكن الباحثون الإسلاميون القدامى يعرفون معنى الحق إلا بمعانيه اللغوية المتقدمة[4].

الفرع الأول : معنى الحق عند الفقهاء القدامى.

إن استعمال الحق في لسان فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخرج عن الاستعمالات اللغوية، فهم يستعملونه في الأمر الثابت الموجود الذي هو ثابت للإنسان، فيقولون من حقه أن يفعل كذا، أو من حقه ،أن يمتلك كذا، ومن حقه أن يقوم على المال، ويستعملونه في الحق والنصيب[5].

إلا أنه وبالرغم من تعدد استعمالات الفقهاء للحق ،وتنوع المعاني التي عبروا بها عنه لم يتطرقوا إلى تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً،يرسم معالم الحق ولعل ذلك راجع لأسباب عديدة منها ما يلي :

---

(1) ابن منظور ،لسان العرب، (دار بيروت للطباعة و النشر) المجلد العاشر ،ص:49.

(2) الفيروز آبادي ،القاموس المحيط،(دار الجيل ،بيروت) ج3 ،ص:228 .

(3) محمود بن محمد مهران ، نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة (دار الثقافة العربية،جامعة القاهرة ،الطبعة الأولى 1998) ص:18

(4) العمري أحمد سويلم، حقوق الإنسان السياسية والدينية في الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير، الجزائر ،1980) ص:14.

(5) محمود بن محمد مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ص:19.

1. اعتمادهم منهم على المعنى اللغوي لكلمة حق، ولعلهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى تعريف[1].

2. أن المتتبع لفقهاء الشريعة الإسلامية عند كلامهم عن الحق، لا يجد تعريفا جامعا مانعا له، وإنما هو مفهوم عندهم على وجه الإجمال، وأن كل الذي يفهم من كلامهم عن الحق أن الشارع الحكيم يقرر الحق قوة لا منفعة مرعية[2].

3. العلاقة بين الواجب والحق، أن الواجب يستلزم وجود الحق، لا معنى للحرمة إلا بحرمة المسلم وماله وعرضه على أخيه المسلم، لا بد من احترامه بعدم التعرض لأي منها، فالحرمة تنطوي على اعتداء على حق المسلم في حياته أو ماله أو عرضه، والحرمة هي التي تنبثق منها الالتزامات أو التكليف يقابلها وجود الحق[3].

ورغم الأسباب السالفة الذكر إلا أن هناك من الفقهاء من حاول وضع تعريف للحق

ومنهم:

أ- الإمام زين الدين ابن نجيم[4]: حيث عرفه في كتابه البحر الرائق بقوله «الحق ما يستحقه الرجل»[5] وإن كان التعريف قد جانب الصواب في جعله وجعله ملكا للأشخاص. إلا أن الدريني قد انتقده من وجهين:

1/ أن لفظ (ما) عام يتناول الأعيان والمنافع والحقوق المجردة عن أحكامها.

2/ أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق، وهو يتوقف على معرفة الاستحقاق، يلزم منه الدور، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة[6].

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة 1984)، ص:184.

(2) حسن محمد الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، (جامعة أم القرى، الطبعة الأولى 1988، وأصل الكتاب رسالة دكتوراه)، ص:34.

(3) ينظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص:211.

(4) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المصري، فقيه حنفي، من العلماء، أخذ عن العلامة قاسم بن قطلوبغا والبرهان الكركي، وأمين الدين بن عبد العال وغيرهم، توفي سنة (970هـ)، له تصانيف منها: «الأشباه والنظائر»، و«البحر الرائق شرح كنز الدقائق»، «الفتح الغفار شرح المنار في الأصول». ينظر: شذرات الذهب، 358/8.

(5) ينظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص:184.

(6) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص:184-185.

الفرع الثاني :معنى الحق عند الأصوليين القدامى.

وعلماء الأصول في تعريفهم للحق، انتهجوا طريقة التعريف بالتقسيم، وذهب البعض إلى تعريفه ولم يروا حاجة للتقسيم .

أ- تعريف عبد الحليم اللكنوي(1) حيث قال: «الحق حكم يثبت»(2) وهذا التعريف لم يفترق من الحق اللغوي وهو الثبوت، إلا أنه قيده بأن الحق حكم.

ب- تعريف الشاطبي(3) الذي انتهج طريقة التعريف بالتقسيم، حيث ذكر في كتابه "الموافقات" أن الأفعال بالنسبة إلى حق الله وحق العبد ثلاثة أقسام: أحدها ما هو حق لله خالص كالعبادات، وأصله التعبد، فالفعل إذا أمر صحيح، وإلا فلا، والثاني ما هو مشتمل على حق الله وحق العبد، والغالب فيه حق الله، وحكمه راجع إلى التعبد كصيانة النفوس وحفظها .أما الثالث: ما اشترك فيه الحقان وحق العبد هو الغالب وأصله معقولية المعنى المشروعة(4).

ج- تعريف القرافي(5) وذهب إلى أن «حق الله هو أمره ونهيه وأن حق العبد مصالحه»(6)

---

(1) وهو محمد بن عبد الحليم أبو الحسنات اللكنوي الأنصاري، له علم في الحكمة والطب الهندي، والهندسة والتفسير والأصول، يشهد له معاصروه بالفضل، من أشهر مؤلفاته: "الفوائد البهية"، "حاشية على نور الأنوار في شرح المنار" سنة 1285. ينظر: شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه تاريخه ورجاله، (دار السلام، المكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى 1981، الطبعة الثانية 1998)، ص: 592.

(2) فتح الغفار بشرح المنار، نقلا عن اللكنوي عبد الحليم، قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار، ج2، ص:216.

(3) وهو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، فقيه أصولي مفسر محدث، أخذ عن جماعة منهم أبو بكر بن عاصم، من مؤلفاته: "الموافقات"، "الاعتصام" توفي سنة 790هـ، ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص: 231 (828)، نيل الابتهاج 33/1(17).

(4) الشاطبي، الموافقات، (دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية 1996)، ج2، ص:601-602.

(5) وهو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفقيه الأصولي، أخذ عن العز بن عبد السلام وابن الحاجب والفاكهاني، ألف كتبا عديدة منها: "الذخيرة"، "الفروق"، "شرح المحصول الرازي" توفي سنة 684هـ. ينظر: الديباج المذهب 128(124) وشجرة النور الزكية، ص: 188(627) .

(6) شهاب الدين القرافي، الفروق وهامشه "القواعد السنية في الأسرار الفقهية" لابن الشاط"، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، (المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2002)، ج1، ص:179.

وبعد عرض جملة التعريفات عند الأصوليين يتبين أن أغلبها محاولات تعريفية للحق وتحديد جوانبه، وإن كانت طريقة التعريف بالتقسيم لا تؤدي الغرض المقصود منه في بيان معنى الحق وتحديده، والنتيجة أن الأصوليين القدامى لم يتوسعوا في معنى الحق والغاية منه وتحديد التعريف الجامع المانع، وذلك لاهتمامهم بالأحكام الشرعية واستنباطها، وبينوا الحق والغاية المرجوة منه.

المطلب الثالث : تعريف الحق عند المعاصرين :

بعد أن تم التوصل إلى أن الأصوليين والفقهاء القدامى لم يهتموا كثيرا بتعريف الحق تعريفا محددا لاقتناعهم بتعدد معانيه ووضوحها لا نجد من استعرض ذلك، الباحثين المعاصرين حيث أنهم اهتموا بالحق ومحاولة وضع تعريف اصطلاحي للحق، وإن تعددت التعريفات حسب نظرة كل منهم للحق، ويمكن جمعها في ثلاثة اتجاهات .

الفرع الأول: تعريف الحق بالمصلحة.

ومن الذين عرفوا الحق بالمصلحة :

1- عبد الرزاق السنهوري: عرف الحق بقوله «الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون»(1).

2- القطب محمد القطب طبلية : يعرف الحق بأنه «مصلحة لا يمنعها الشارع»(2).

- *نقد تعريفات الاتجاه الأول*: رغم أن الأصوليين وفقوا نوعا ما في بيان الهدف من الحق، وهو تحقيقه مصلحة مشروعة إلا أنه لم يسلم من النقد:

أ- أنه يعرف الحق بالمصلحة، والمصلحة هي أثر من آثار الحق وليست هي الحق ذاته، والأصل في التعريفات أن تنصب على الحقيقة لا على آثارها(3).

ب- تعريف الحق بالمصلحة فيه تركيز على جانب واحد وهو حق العبد، أما حق الله تعالى فليس فيه مصلحة، بل المصلحة فيه عائدة إلى العبد والله غني عنها(4).

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه الغربي "، (منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،الطبعة الثانية 1998)، ج1 – 3، ص:5.

(2) طبلية القطب محمد القطب، الإسلام وحقوق الإنسان "دراسة مقارنة "، (دار الفكر العربي، الطبعة الثانية 1984)، ص:86.

(3) محمود بشير محمد، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص:22.

(4) العمري [illegible] أحمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، ص:19.

ǯ- تعريف القطب الدبلية للحق بأنه «اختصاص لا يمنعها الشارع» تعريف نوعاً ما، حيث رغم أن الحق اختصاص إلا أنه الشروعة، وجعل مصدر الحق هو الشارع، ولكن التعريف ينتقد من جهة عدم التحديد الحكم للحق وأركانه وآثاره ومضمونه، فالتعريف لم يكن جامعاً .

الفرع الثاني : تعريف الحق بالإختصاص :

أصحاب هذا الاتجاه ركزوا في تعريفهم للحق على الاختصاص فيه، ومن هؤلاء :

1- أحمد الزرقا :عرف الحق بقوله «الحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً»[1].

2- علي الخفيف: عرّفه بأن «الحق هو ما يختص به صاحبه بمكان له وحده، كالثمن في ماله فيكون أنواع التصرفات قولية أو فعلية أو الانتفاع به ونحوه»[2].

3- فتحي الدريني: عرف الحق بقوله «الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة»[3].

نقد تعريفات الاتجاه الثاني : وأصحاب هذا الاتجاه وفقوا في بيان عناصر الحق من اختصاص وسلطة وتكليف، كما أنهم وفقوا في الصلة بين الحق والمصلحة المرجوة منه، إلا أنهم وقعوا في تركيزهم على عنصر الاختصاص وأغفلوا بيان خصائص الحق ومفهومه وأثره، كما أن تعاريفهم فيها قصور لبيان الحق والمصلحة أو السلطة، لا يفهم معنى الحق من الاختصاص أو القدرة الفعلية للتعريف، كون اللذة ما جاء في التعريف من دليل معانيه، وعيب في التعريف والذي من حيث الوجود، كما أن التعريفات اقتصار على الجانب السلطوي في التطبيق في القوة وأصحابها وهو جانب المصلحة .

الفرع الثالث : تعريف الحق بالشيء الثابت.

وهناك فريق من الفقهاء عرفوا الحق انطلاقاً من معناه اللغوي ،ومنهم :

1- محمد محمد محمود: عرف الحق بقوله «حكم يثبت شرعاً لتحقيق مقاصد شرعية معينة»[4].

2- محمود جمال الدين مهران : وعرف الحق بقوله «الثابت شرعاً للطرفين على إنسان آخر أو لله تعالى معاً وكان الوفاء به واجباً»[5].

---

(1) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، (دار القلم،دمشق ،الطبعة الأولى 1999)، ص:10.

(2) الشيخ علي الخفيف، الحق والذمة، الفقه الإسلامي، (دار الفكر العربي)، ص:71.

(3) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص:194.

(4) محمود محمد محمد، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية ،"دراسة مقارنة بالقانون الوضعي "رسالة دكتوراه ،جامعة الجزائر، ص:27.

(5) محمود جمال الدين، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص: 24.

3- وعـﻤب أﺑ̍د ﺑﺮاﻛ حسن: أن Ϭ ا Ę Ž اصطﻼح الفقهاء هو «ما Ǩبت ﻟ̎رعا ﻟ̃ Îﺻ Åﻋلى ﻟ̎ﺻ Åأو Ǔ على وجه الاختصاص»[1].

نقد تعريفات الاتجاه الثالث : لقد وﻓﻘﺖ Ǩعريفات ﻫﺬا الاتجاه على ﻧ ﺤﻮ ﻛﺒير اللغوي

ﻟ ﻟﺤﻖ وهو اﻟﺜﺒوت، لكنها ﻟﻢ ﺗﺄﺧﺬ معنى ا Ę ﻟﻠﺤﻴث اعتﺒﺎره ﻟ̃ Ǔ، ﻓﻬﻮ ﻟﻴﺲ ﻣﺠرد اﻟﺤكم، وﻣﺮﺟﻌﻪ ؟

اعتبارﻩ حكم، ولا يحكم ليس حق، وإن كان ﺗﻌريف أﺣﻤﺪ ﻓﺮاج حسين افتقر إلى ﺗﺤدﻳﺪ معنى ا Ę

،وجمعه لعناصر ﺟﺰﺋﻴﺔ Ž ﺗﻌرﻳﻒ ا Ę وهو الثبوت والاختصاص و الوجه المشروع .

المطلب الرابع : التعريف المختار للحق في الفقه الإسلامي.

وقبل أن يتم ﺗﺤديد ﺗﻌريف يفتقر إلى معنى ا Ę Ž الفقه الإسلامي، يجب ﺗﺒﻴﻴن العناصر

التي اعتمدها الفقهاء، واعتبروها أساسا Ž ﺗﻌريف ا Ę وهي : الثبوت، الوجوب، المصلحة،

الاختصاص , وﺗﻌريف ﻓﺘﺤﻲ ﻣﻬﺮان يفتقر إلى هذه العناصر حيث عرّف ا Ę بقوله : «الاختصاص

الثابت شرعا ﺑﻤﺼﻠﺤﺔ ! ﻟﻌﺒﺪ على عباده أو الإنسان على ﻏﻴﺮه أو ﻟﻬﻤﺎ معا،وكان الوفاء به

واجبا»[2].

وهذا التعريف ينقصه عنصري المصلحة والاختصاص، وبالتالي التعريف الذي يجمع كل هذه

ا Ę Ž الفقه الإسلامي هو: «الثابت شرعا ﺑﻤﺼﻠﺤﺔ ! ﻟﻌﺒﺪ على عباده أو الإنسان على غيره

أو لهما معا، على سبيل الاختصاص وكان الوفاء به واجبا ﺗﺤقيقا لمصلحة مشروعة».

ملاحظة : الحقوق في مقابل الواجبات :

إن الواجب Ž الشريعة الإسلامية مقابل ا Ę، فكل ﺗﻜﻠﻴﻒ ﻛﺎﻟ ! ﻫﻮ العبادة ﻟ̃ Ǔ ﻣﺮﻫﻮن

ﺑﻤﺼﻠﺤﺔ ! ﺣﻖ[3]. و Ž ﻫﺬا ﻳﻘﻮل الشاطبي : «فقد صار كل ﺗﻜﻠﻴﻒ حقا ! ، لأن ما هو

ﻟﻠﻪ فهو !، وما كان للعبد فراجع إلى ! من جهة حق ! فيه ، ومن جهة كون حق العبد من

حقوق ! ، إذ كان ! ألا يجعل للعبد حقا أصلا»[4].

ويؤكد ﺫﻟﻚ ﻫﺬا القول «ليس ﻟﻠﻔﺮد "حقوق" من حق الفرد أو الجماعة أن يتنازل

عنها أو عن ﺑﻌﻀﻬﺎ ... و ﻫﻲ " ﺿﺮورات " إنسانية ﻓﺮدﻳﺔ كانت أو اجتماعية ،ولا سبيل إلى

" حياة " الإنسان بدون ﺗﻮﻓﺮﻫﺎ معنى " الحياة " ، ومن ثم فإن الحفاظ عليها ﻟﻠﻔﺮد "حق"

---

(1) أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي "تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد "، (منشورات الحقوقية الحلبي 2002)، ص:373.

(2) محمود بن محمد مهران، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، ص:24.

(3) العمري نادية محمد، حقوق الإنسان السياسية والمدنية في الشريعة الإسلامية، ص:20.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص: 316.

ÕlÆنسان ،ﺒﻞ ﻫو "واجب " عليه أيŘƚ ! ﻳŽﺎ ﻫو ﻫﻠﻪ – ǳƢǻ أو اﻋﺔ – Ŀ ﻫو ﻫﻲ ǳŗ ﻫﻴﻪ، وﻫƮ Řƈǳ ﻋﺔ ﻜﻞ ﻛﻞ Ǽŏƿ ﻳﻄﻲ ƽƘǳ ǲƮ ﻫوﻞ ﻧﺴﺎن وﺖ Ǝƾﻘﻴﻪ ÕŌÞ "اﻠŘروراﺖ " !

...» (1) .

ورƬƫ ÞŌÞ التداƘŀ ﺖ معƗ Ɨ ﻔوﺔ وﻤﺎﻫﻴﺔ التكاﻠﻴǲ وعدƣ اﻻﻫﻴﻤﺎǳ ﺒﻮﻀƀ ǋƿ ﻤﻊ Ǵƾ Ǥƿƾﻫﻴƈƾ

Ɨ Ǵ Ž Ǝ اﻠŘرﻴﻌﺔ ǭƴƘǳ ﻤﻴﺔ ﻫو اﻠƬ ﺠﻌﻞ ﺒﻌƮﻫﻢ ﻴﺘﻬﻢﻬﺎ ﺒŘرﻴﻌﺔ التكاﻠﻴǲ ǲǳǲǳ ! Ǖƿǳ ǲﻜﻴǲ ﺒﻨﺴﺐ

ǭƘƮǳ وﻗد رǲﻊ ﻤﻦ ﻫﺎﻠﺔ Ɨ ﻔوﺔ، واﻋﺘƎƎ ǋ روراﺖ ﻤﻦ واﺠﺐ اﻠﻔرﺪ Ɨ ﻔﺎﻥ ƸŻ ﻋﻠﻴﻬﺎ !

المطلب الخامس : معنى الحق عند فقهاء القانون :

ﺒﺎﻠرǯﻢ ﻤﻦ أﻥ ﻜﻠﻤﺔ Ɨ Ǵ ǰ ﻜǯ ﺒﺎﻠﺘرﺠﻤﺔ Ž اﻠﻠﻐﺔ اﻠﻴوﻤﻴﺔ وﻻ ﺘﺠد اﻠŘƾﻥ اﻠﻌﺎﺪﻲ ﺼﻌوﺒﺔ

Ž ǭƴƘǳ ﺤﺴﺎﺒﻪ ﻤدﻠوﻠﻪ، إﻻ أﻥ ÞŌÞ اﻠﻔﻜرﺔ Ž اﻠﻠﻐﺔ اﻠﻘﺎﻨوﻨﻴﺔ ﻜﺎﻨﺖ ﻤﺜﺎر ǻƾƴƴǭ ǭƾ ﺘﺤدﻴد ﺒﻴﻦ

اﻠﻔﻘﻬﺎﺀ (2) .

الفرع الأول: رأي المنكرين لفكرة الحق :

وﺍ ﻗﻴﻘﺔ أﻥ ﻫﺅﻻﺀ ǲƿǰ ﻜرﺓ Ɨ Ǵ ǰ ﻫﻞ اﻠﺘﻲ ﺠﻌﻠﺘﻪ ﻴﻨﻜﺎر ﻤﻦ ﺒﻌƮ اﻠﻔﻘﻬﺎﺀ. ƢǸƾﺒﻌوﺒﺔ

وŃŃ ﻤﻊ ﻋرﻴﻑ ǲǳǲǳ ﻜﺎﻥ ﻤﻦ ﺒƗ Ɨ Ƨ اﻠǀﻲ اﺴﺘﻨد إﻠﻴﻬﺎ ﺒﻌƮ ﻜﺒﺎر اﻠﻔﻘﻬﺎﺀ وﻋﻠƾ رأﺴﻬﻢ

اﻠﻔﻘﻴﻪ اﻠﻔرﻨﺴﻲ "ǳƾǳ" ƿƾﻜﺎر ǲﻜرﺓ Ɨ Ǵ (3). وﻴﺫﻫﺐ "ﻜﻠﺴﻥ" إﻠﻰ أﻨﻪ ﻻ ﻴوﺠد ﺤﻘوﻕ، وإﻨﻤﺎ

ﻴﺨﻀﻊ ﻠﻘواﻋد وﻀﻌﻴﺔ، ﻓﺎﻠﻘﺎﻨوﻥ ﻠدﻴﻪ ﻫو ﻗﺎﺌﻡ Ž ﻤﻜﺎﻥ وزﻤﺎﻥ ﻤﻌƗ ﻴﻨدرﺝ ﻗواﻋد ǲƿǯ ǲƿǯ ﺒﻴﻨﻬﺎ

ﻋﻠƾ ﺸﻜﻞ ﻫرﻤﻲ ﺒﺤﻴﺙ ﺘﺴﺘﻤد اﻠﻘﺎﻋدﺓ Ɨ ﻗوﺘﻬﺎ ﻤﻦ اﻠﻘﺎﻋدﺓ Ɨ ﻋƾƿ (4) .

وﺍ ﻴƾƿ أﻥ ﻜﻠﺴﻥ ﻻ ﻴﻨﻜر وﺠوﺩ Ɨ Ǵ ﻜﻠﻴﺎ أو ﻜﺄﺴﺎﺱ ﻗﺎﺌﻡ ﺒﺫاﺘﻪ، ﺒﻞ أﻨﻪ أدرﺠﻪ ﻤﻊ Ɨ ǲƿ

Ɨ Ǵ ǳƾǳ اﻠﻘﺎﻋدﺓ اﻠﻘﺎﻨوﻨﻴﺔ Ɨ ﻠﻤﻠﺯﻤﺔ .

الفرع الثاني : رأي المثبتين لفكرة الحق :

ﺒﺎﻠرǯﻢ ﻤﻦ اﻻﻨﺘﻘﺎداﺖ اﻠǀﻲ وﺠﻬﺕ إﻠﻰ ﻓﻜرﺓ Ɨ Ǵ ﻴﺒﻘﻰ ﻤﺠﺎﻠƬ ﻴﻌﺩوﻥ ǲƿǯ اﺴﺘﺨداﻤﻬﺎ Ž

اﻠﻠﻐﺔ اﻠﻌﺎﺩﻴﺔ اﻠﻴوﻤﻴﺔ ، وﻜذﻠﻙ أﺼﺒﺢ ﻤﻦ اﻠﺼﻌﺏ ﻷن ﻴﻜﻥ ﻤﻦ Ɨ ﺴﺘﺤﻴﻞ ﻋرﺽ أو ﻓﻬﻢ اﻠﻘﺎﻨوﻥ

Ɨ ǲƿ Ž اﻠوﻗﺕ Ɨ Ɨ ﺭ ﻴﺩرﻙ اﻠﻠﻐوﻴوﻥ إﻠﻰ اﺴﺘﺨداﻡ ﻓﻜرﺓ Ɨ Ǵ (5) .

الفرع الثالث : تعريف الحق :

---

(1) محمد عمارة ، الإسلام وحقوق الإنسان "ضرورات ... لا حقوق " عالم المعرفة ، الكويت 1985)، ص:15.

(2) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد ،النظرية العامة للقانون "القاعدة القانونية، الحق"، (منشورات الحلبي الحقوقية 2002)، ص:405.

(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون "المدخل إلى القانون والالتزامات "، (الدار الجامعية الجديدة 2002)، ص:129.

(4) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:410-411.

(5) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:414.

لأن تعريف كلمة الحق أو تحديد مدلوله في القانون كان محل جدل كبير بين الاتجاهات التقليدية و الاتجاهات الحديثة، وسيتم الاقتصار على أهم الاتجاهات :

الفرع الأول: الاتجاهات التقليدية: والقاسم المشترك بين الاتجاهات التقليدية أنها ركزت في تعريفها للحق على عنصر واحد من عناصره، وأهملت العناصر الأخرى، واكتفت بالتركيز على جانب من جوانبه[1]، والاتجاهات التقليدية عرفت ثلاثة مذاهب، المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي والمذهب المختلط .

أولا : المذهب الشخصي :

ومن أهم أنصار هذا المذهب، ومن أشهرهم الفقيه الألماني سافيني (SAVIGNY)[2].

ويعرف أنصار هذا المذهب الحق بأنه «قدرة أو سلطة إرادية»، وهذه القدرة أو السلطة الإرادية يستمدها صاحبها من القانون[3]. والمذهب الشخصي ركز على الإرادة كقوة وأهمل باقي العناصر الأخرى التي يقوم عليها الحق.

نقد المذهب الشخصي: لقد واجه المذهب الشخصي، أو الفردي، أو الإرادي انتقادات عدة أهمها:

أ- ممارسة الحق قد تكون لأشخاص ليست لديهم إرادة، ولا تتوفر فيهم إرادة مدركة، كالمجنون أو الطفل، ورغم ذلك يتمتعون بالحق في صورة الملكية مثلا، مع أن كل منهما فاقد للتمييز والإرادة[4].

ب- المذهب الشخصي في تعريفه للحق قد جعل من العنصر الإرادي مناط الحق والقوة الإرادية التي يتمتع بها الشخص المعنوية أو الاعتبارية، رغم أن الشخص المعنوي لا يتمتع بإرادة حقيقية، رغم أن المسلم به أن الشخص المعنوي يتمتع كذلك بالقوة الإرادية كالشخص الطبيعي [5].

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للمذهب الشخصي ظهر المذهب الموضوعي .

ثانيا: المذهب الموضوعي :

(1) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:417.

(2) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:130.

(3) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:418.

(4) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون "المدخل إلى القانون – نظرية الالتزام "(منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002)، ص:108.

(5) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:130.

يعرف "جيني" وأنصار المذهب الموضوعي الحق على أنه «مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون»(1).

ويتضح أن المذهب الموضوعي ركز على موضوع الحق وغايته فيه المصلحة بغض النظر عن صاحب الحق، وأن المصلحة محمية من طرف القانون، ومع ذلك فقد انتقد هذا المذهب.

نقد المذهب الموضوعي: واجه المذهب الموضوعي انتقادات عدة أهمها:

أ- نظرية المصلحة تعرف الحق انطلاقا من غايته متجاهلة جوهر الحق(2).

ب- لئن كان صحيحا أن الحق ينطوي على مصلحة، غير صحيح أن كل مصلحة تعتبر حقا، ومثال ذلك، أنه يستفيد صاحب سكن الطابق السفلي من التزام يتم على ساكن الطابق العلوي، وهو ما يلتزم به ساكن الطابق العلوي على صاحب السكن السفلي، أما ساكن الطابق السفلي يستفيد من التزام، أي أن له مصلحة، فهو ليس صاحب حق(3).

ثالثا: المذهب المختلط.

والمذهب المختلط وإن كان له ميزة الجمع بين المذهبين والتخلص من عيوبهما إلا أنه لا يسلم من النقد.

نقد المذهب المختلط: أهم ما وجه للمذهب المختلط:

أ- تعرضه للانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية والنظرية الموضوعية معا(4).

ب- يعرف الحق بغايته وجوهره، لكنه لا يبين أنه ليس المصلحة(5).

وعلى ضوء الانتقادات الموجهة للمذاهب التقليدية ظهرت محاولات حديثة لتعريف الحق، تجلت في النظرية الحديثة التي ...

---

(1) أسامة إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة ...، 2002)، ص:208.

(2) ... دنون، بن الشيخ ...، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، (الجزائر: دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية)، ص:191.

(3) السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص:109.

(4) ... دنون، بن الشيخ ...، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، ص:141.

(5) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:422.

الفكرة الأساسية: الاتجاهات الحديثة: إن كانت المذاهب التقليدية قد اقتصرت في تعريفها للقانون على أثره والغاية منه، وتعرضت لذلك للنقد، فإن المذاهب الحديثة تركز على خصائص القانون.

أولا: نظرية الاستهجان:

وقال بهذه النظرية الفقيه البلجيكي كورنيل "الاستهجان"[1]، ويعرف القانون بقوله «استهجان خاص في حقبة معينة أو وسط معين يقترن بالتسليم على الهيئة أو السلطة المختصة»[2].

وقد استخلص الاستهجان التعريف من خصائص القانون أو عناصره الأساسية وهي: الاستهجان، التسليم، احترام الغاية القانونية[3].

نقدها: أن نظرية الاستهجان اركزت على عناصر جوهرية في تعريف القانون وخصائصه عندما ركزت على الاستهجان والغاية القانونية ومع ذلك لم تسلم من النقد:

أ- عنصر التسليم في تعريف القانون هو مستبعد بخصوص ذلك عندما تمنع القانون أي نوع من أنواع التصرف كما هو الأمر بالنسبة للقوة الموضوعية في الأحوال الشخصية أو الحريات[4].

ب- القول بأن الاستهجان مرادف للقانون وأنه كل معنى للقانون من مسألة نفسية وقبلية تأملية لا حاجة للتحليل أو التحديد، وحل[5].

ثانيا: نظرية روبيه: افترض تحديد نطاق القانون على أنه ينبغي للفكر وإنسانها وتعبيرها، فإن كان تحديد القانون واسع جدا، وتعريف القانون مختلفة، والتعريف من الأفكار وتبنى لغة تقنية محددة[6].

نقدها: أن نظرية روبيه وبالرغم من أنه يدعو لتبني لغة تقنية جديدة تحدد مدلول القانون اللغوي، إلا أنه لم يتمكن من الوصول إلى دلالة على مفهوم القانون.

(1) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:134.
(2) محمد سعيد جعفور، بن الشيخ آث ملويا، النظرية العامة لقانون والنظرية العامة للحق، ص:141
(3) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:134.
(4) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:426.
(5) ينظر: القطب محمد القطب طبلية، محاضرات في الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص: 64-65.
(6) مصطفى الجمال، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، ص:427.

اÃÆرة اÙÌÙÌة: التعريƷ اÅÂتار للÙĦĘ Ž القانون.

Ž Ĭǹ وعد اÌØĿ العرÔ السريع ÌÌÆÝ Ž ÌÌ اصل Ǜ اÓÌĿب التقليدية واÌ ديƺØة ƍƺǽ مفهوم جامع مانع لكلمة اÌ Ę، يكاƼ يكون ǘǛ عبÔÌ الƺǽ Ǝ عرÙ Ž ÙǜƼ لللǓĘ مفهوÙØة الدقيق، ÌÌÔ وصل ǙÌ وأن النقد Ƨل اÓØĿب التقليدي واÌ ديث، ǙÌ أنه وǛالاعتÆƼÆ علØ Ǝ العناصرØ اÆÌǗ مǜ اÓĿب Ž ǍÆرعƷ اÌ Ę وƭĿ (اǗƼ ،ÔÌ اǗØÌÓ ،اƼǓستقرار ،التسلسل ،احترǙ ام اÌ Ę ØØ لل غاية القانونية) ǛǟǞ افتراǙƼ التعريƷ الناƃ «اÌ ØǗ وØ Ǚ ارǛ Ǚ ÌØ ÅصوÅÔØÌÙÌته ǜÆستقرار والتسلسل علǏ فيȄة أو مركƼ قانوǛ Ǎ ƮÆ مع احترام الغ ير له».

المبحث الثاني : مصادر الحق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المطلب الأول : مصادر الحق في الفقه الإسلامي.

منÎ ǖ ا Ę ـو ا ـڶ ـم ا ـ الÎ ـرعƟ، وـو ما يعـ Ǐ الفقه القانوƆ " القاعدǤ القانونية"، ƳǛƹ يعتـ ا Ę ٍحقاً Ǐ ـنƫر الÎ ـرƫ فـرǷ لاـǐ لاǐ ƫـرÎ الƫـر[1].

وا ÔƖ ا ŸƖ Ƶ ǤǬـروǤ استعـال ا Ę، أو استيفائه لا ǐـكون مـÎ ـروعة ǐلا ـﺎعتبـار الÎ ـرƫ ا ,ƋƖ ـلم معƙ ـرƫ لـأن الÎ ـرƫ ـو مـدر ا ÔƖ ـقوة ا ƤـيعهاƑ، وأن ا ـكـم الÎ ـرعƟ ـو ـو ـ ـن Ƶ ـ Ǜ ƙ منÎ ǖـ[2].

وـ ـب ƫـد القطب ǖـبلية Бǐ أن ا ـقوة ا ƤـيعهاǏ ǛǏǦ !، ـ ƋƖ ـو ا ŧـاس ƙ Ǜ وـ ـنا يكون ƤǏـنطا، ƹǛǐـب ع ـ العبد حسـƙ ـǐاستعـال ا ـقوة ا ـ التفرقة ǎ ـ Ę وحـ Ę، وǎ ما له وما عليه[3].

وǐن كان ƤǏـﺎfـǐا عـ ع ـ أن منÎ ǖ ا Ę أو ا ـقوة ا ـو ا ! ـ ǤǛǖـنبـانه وǐـا ǛǏ ،Б، لاǐ أن ǈǏƳǁ ا اصل ـ الفقهاǒ ǐ ا ـ ǖ Î ǖ ـلـǤاǛ ـ ـو ـطاـات الÎ ـارƫ ا ـمرǤ والنا ـية ǛƖ ع ـ وجه ǏǛǐƖ أǛ أن ا ـقوة متنوعة ƳـيهاǛ ـو ع ـ سبيل ا ـتم، وƳـيها ما ـو مندوǛ Ǜ

الفرع الأول : منشأ الحق خطابات الشارع الآمرة والناهية على وجه الإلزام.

وـ ـب ƳـريǦ مـ الفقهاǐǎ وع ـ رأسهم مـÔ ـطفـ أـƫ الـÂرقا، وƳـǛ ƟƟƟ الدريـ ـ، وـ ـƫـد ـƫـد ـƫـو Бǐ أن منÎ ǖ ا Ę ـو ـطاـات الÎ ـارƫ ا ـمرǤ والنا ـية ع ـ وجه ǏǛǐƖ ، Ƴـليǘ كل حكم ـ ـرعƟ له قوǤ ǐǤـلزǤ ا ـقوة، ومنه ǐǤـن الطلب Ǐ ـ ا Ǜـ ǏǛǐ ـدǛ والكراـة وعدǛ الطلـب Ǐ ǏǛǐ ǏǛǐـﺎحة لا يوجب ا Ę لعدǛ ǏǛǐƖ، Ƴـيه، ǐ ـǏƖ معنǷ ǏǛǐ ع ـ مـ ǐǛ Ǐ ـ حقـه وـ ǛǐǷ ا ـقوة وǐǐن ـǐ Ǐ Ǜǐـص ـǎƟ ƳǛ ǏǛǐ ـم[4]، ويǐـيد ǐـ ـ الرأي عـنǏƖ ـر ـ ǏǛǐƖ ـ ǏǛǐ ا Ę، Ƴـ ـب الدريـ ـ Бǐ أن ǏǛǐƖ ـƲƩ ǏǛǐـﺎحات وا ـقوة العامة ǐǐ ـو مباƫ للكاـƳة ǐǐǏـنتفـا, ǏǛǐǐ ǏǛǐƖـتراǏ ـون استǐǏـار، أي أن ǏǛǐـﺎحة ـورǐ ǏǛǐ مـراǏ ـ مكـنـة ǏǛǐـنتفـا, Ǐ ǏǛـوعه ع ـ سبيل ǏǛǐـتراǏ Ǐ ـوعها ع ـ قـدǛ ا ساواǤ[5].

(1) فتƟƟƟ الدريـ ـ، اـق ومدǷ سǐـطا ـ الدولة ǐـقييدǷ ص:70.

(2) ـƫـد سǛـم مـǏǐـور، ا ـǏǐ ǐǏـفقه ǏǛǐƟƟ مـ، "ǐـارƳـه ومصادرǷ ونǐـريǐـه العامة "، (دار الكتاب اـديǏ)، ص:425

(3)طǐـية القطب ـƫـد القطب ، ـاضرات Ǐ ǏǛǐـم وحقوǏ ǐǏـنسا ـ، (دراسة مقارنة)، ص:94.

(4) ـƫـود ـƫـد ـƫـد، حق ا ـ وحق العبد، ص:49-52.

(5) فتƟƟƟ الدريـ ـ، اـق ومدǷ سǐـطا ـ الدولة ǐـقييدǷ، ص:194.

الفرع لثاني : منشأ الحقوق التنوع في الطلب :

وذهب إلى الرأي القائل بقابلية القطب محمد القطب، حيث يرى أن الحقوق في الإسلام واسعة ومتنوعة وليست على وتيرة واحدة في الطلب، فمنها ما هو مطلوب حتمًا، ومنها ما يدخل في باب التحسينات، ومنها ما هو في نطاق التكميليات "الحاجات" [1].

والرأي الراجح أن أنصار الفريق الأول ربطوا بين الحق والاستئثار وجعلوه ملزمًا، واعتبار الاستئثار أساسًا في الحق أمر مسلم به، إلا أن الحق ليس على درجة واحدة في القوة والحركة في الطلب، وبالتالي نؤيد رأي القائل بقابلية القطب محمد القطب إلى حد ما، وبهذا تتعدد الآراء، الرأي الأول "وجوب حق على سبيل الإلزام"، والرأي الثاني "تنوع الحق في الطلب".

المطلب الثاني: مصدر الحق في القانون الوضعي.

يستند الحق في وجوده إلى القانون،وكل حق مرده إلى القانون لأنه هو الذي ينظمها ويحميها [2].

الفرع الأول : الواقعة القانونية.

وهي كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرًا معينًا سواء كان هذا الأثر إنشاء حق، أو تعديله، أو نقله، أو زواله [3]، وتنقسم إلى:

البند الأول: وقائع طبيعية.

وهي حوادث تطرأ بفعل الطبيعة دون أن تكون للإنسان دخل فيها ، فتكون سببًا في اكتساب الحق، أو انقضائه كالميلاد و الوفاة [4].

البند الثاني: الأعمال المادية.

فالعمل المادي الذي يقوم به الإنسان يكون مصدرًا للحق إذا كان القانون يرتب على هذا العمل آثارًا قانونية، دون الالتفات إلى حالة ما إذا كان مرتكب الفعل قد اتجهت نيته إلى إحداث هذه الآثار ،أو اتجهت إلى تحقيقها [5].

---

(1)طبابة القطب محمد القطب ، محاضرات الإسلام وحقوق الإنسان، (دراسة مقارنة)، ص:85-86.

(2) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون "القاعدة القانونية، نظرية الحق " (منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، 2004)، ص:219.

(3) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص:219.

(4) محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، بن الشيخ، النظرية العامة لقانون والنظرية العامة للحق، ص:199.

(5) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص:310

الفرع الثاني : التصرف القانوني.

ويقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، سواء أكان هذا الأثر إنشاء حق أو تعديله أو نقله، أو إنهاؤه ، ومثاله العقد، التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة[1].

البند الأول : العقد.

ويقصد به توافق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الالتزامات القائمة بينهما، أو نقلها، أو تعديلها أو إنهائها[2].

البند الثاني : الإرادة.

وهي قوام التصرف القانوني فهي التي تنشئه، كما تحدد الآثار التي يرتبها، ويجب أن يعتد بها القانون ويكون التعبير عنها صريحا، والدافع إليها مشروعا، وأن تكون خالية من العيوب: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال[3].

ويذهب الفقه إلى القول بأن مصدر الحق هو القانون باعتباره المصدر لكل الحقوق في الشريعة الإسلامية، كما أن الحق هو مقدرة يقررها القانون ويحميها، ومصدر الحق هو القانون ماديا وهو " القانون " ومنه يستمد الحق وجوده، وبالتالي يكتسب قوته من القانون أو من قانون آخر .

(1) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص:220.

(2) محمد إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص:321.

(3) نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، ص:231.

المبحث الثالث : أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وموقع حق الأمن الفردي منها .

الفردي منها .

الغاية من دراسة هذا المبحث التأكيد أكثر على تميز فقهاء الشريعة الإسلامية بالبحث في الحقوق كاهتمامهم ببحث التكاليف من جهة، ولتحديد موقع حق الأمن الفردي من الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من جهة أخرى، وكذا لبيان منهج الفقهاء والأصوليين في تقسيمهم للحق وتحديد الغاية منه بالنظر إلى صاحبه وإمكانية وجواز إسقاطه .

المطلب الأول: أقسام الحق في الشريعة الإسلامية.

وقبل الخوض في تفصيل الكلام في أحكام الحقوق في الشريعة الإسلامية، لا بد من تحديد بعض المفاهيم الخاصة بالتقسيم، وتحديد بعض التعريفات المتعلقة بحق الله وحق العبد .

الفرع الأول : مفهوم حق الله وحق العبد.

البند الأول: الأحناف.

عرفوا حق الله على أنه « ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره، وشمول نفعه، ولا باعتبار التخليق فالكل سواء في النسبة إلى الله ».

وحق العبد « ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير »[1]، أي أن المصلحة إذا كانت عامة فهي حق الله، وإذا كانت قاصرة على العبد ولا تتعداه إلى غيره فهي حق للعبد .

البند الثاني: المالكية. **ومن فقهاء المالكية من عرفوا حق الله وحق العبد :**

1- تعريف العز بن عبد السلام[2]: حيث ذهب إلى أن حقوق الله تعالى هي الأوامر والنواهي

---

(1) ينظر:

- السرخسي أبو بكر، أصول السرخسي، (دار المعرفة، لبنان، ج2)، ص:290.
- ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، (دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، 1983، ج2)، ص:289.
- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1997 ، ج4)، ص:230.
- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1996، ج2)، ص:315.

(2) **هو عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، من أكابر فقهاء الشافعية، يلقب بسلطان العلماء. قرأ الفقه على ابن عساكر والأصول على الآمدي، من تآليفه : "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، "الإلمام في أدلة الأحكام". توفي سنة :660 هـ .**

ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: 8 / 209.

وإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة، وصوم رمضان، وحج البيت، والصدقات والكفارات وأنواع العبادات(1).

2- مذهب القرافي في الفروق والعز بن عبد السلام «قاعدة حقوق الله وقاعدة حقوق الآدميين» في أن حق الله أمره ونهيه، وحق العبد مصالحه(2).

3- مذهب الشاطبي في أن حق الله متعلق بالأمر والنهي، وكل حكم شرعي ليس يخلو عن حق الله فيه وهو جهة التعبد، كما أن الشاطبي جعل حق الله على نفس الأمر والنهي لا متعلقه(3).

أما حق العبد فيرجع إلى مصالحه الدنيوية والأخروية، بدليل أن الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح العباد سواء أكانت عاجلة أم آجلة(4).

وبعد عرض الآراء والتقسيم الخاص بحق الله وحق العبد، يتبين أن هناك اتفاقا بينها، وأن ما حق الله هو ما تعلق به النفع العام، أما حق العبد فهو ما تعلق بالمصلحة الخاصة، وإن كان الشاطبي حصر حق الله في الأمر والنهي، وجهة التعبد.

الفرع الثاني : تقسيم الحق باعتبار صاحبه.

وينقسم الحق باعتبار صاحبه إلى حق الله وحق العبد، وإن كان الفقهاء اختلفوا في غلبة أحدهما على الآخر أو اجتماعهما معا على مذهبين .

البند الأول: تقسيم الحنفية.

الأحناف قسموا متعلقات الأحكام الشرعية إلى أربعة أقسام وهي :

«حقوق الله الخالصة، وحقوق العباد الخالصة، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب، وقسم ثالث ما اجتمع فيه الحقان بالتساوي»(5).

البند الثاني : تقسيم المالكية.

قسم القرافي في حق الله وحق العبد في الفروق والعز بن عبد السلام في كتابه " الفروق " وقسم الحقوق إلى ثلاثة أقسام :

---

(1) عمر بن صالح بن عمر، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام، (دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003)، ص:262.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص:256.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:600.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:600.

(5) ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص:290، عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص:230. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص:314-326.

«حق الله خالص كالإيمان وتحريم الكفر، وحق العبد فقط كالديون والأثمان، وحق متردد [illegible] أي [illegible] مغلب فيه كحد القذف»[1].

ويتفق القرافي مع الشاطبي والأحناف في وجود حق للعبد مستقل إلا أن الأحناف يأبون أن حق العبد يكون [illegible] وجود حق الله فيه، أما القرافي فيقول «ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو أمره [illegible] إلى مستحقه، فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى»[2].

أما الشاطبي فتظهر تقسيماته الثلاثية للحق :

القسم الأول: هو حق الله تعالى خالص كالعبادات، وأصل فيها التعبد وعدم معقولية المعنى.

القسم الثاني: ما اشتمل على حق الله تعالى وحق العبد والمغلب فيه حق الله تعالى وحكمه عدم اعتبار حق العبد، ومثاله قتل النفس، إذ للعبد حق الاستمتاع بالحياة وإنما الفات على نفسه، ولكن ليس له التصرف في نفسه للقتل أو [illegible] إلا لضرورة شرعية.

القسم الثالث: ما اشترك فيه الحقان والمغلب فيه حق العبد، فالأصل فيه معقولية المعنى، وحكمه الفعل المطابق لمقتضى الأمر والنهي[3].

ومعيار التفرقة بين حق الله وحق العبد عند الشاطبي هو معيار المصلحة والمفسدة، فقال : «كل ما كان من حقوق الله فلا خيرة فيه للمكلف على حال، وأما ما كان من حق العبد في نفسه فله فيه الخيرة»[4].

البند الثالث: أساس التفرقة بين الحق عند الأحناف والشاطبي.

ويمكن إجمال الفرق بين تقسيم الأحناف وتقسيم الشاطبي من الأمور الآتية:

أولاً: من حيث وجود الحق أساساً: فالشاطبي يرى أن الحق باعتبار مقصده ، فإذا كان المقصد من وجوده التعبد كان حقاً لله ، وإن كان المقصد من وجوده مصلحة مشروعة فهو للعبد[5]

1. القرافي، الفروق، ج1، ص:256.
2. القرافي، الفروق، ج1، ص:256.
3. الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:602.
4. الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:652.

للعبد[1]. أما الحنفية فقد اعتبروا الحق اعتبار الغالب، فقد يكون وقد يكون للعبد، وما اجتمع فيه الحقان فالعبرة فيه للغالب.

ثانياً: من حيث المقصد من أساس التفرقة بين حق الله وحق العبد هو معيار «النفع»، أما الحنفية فقد اعتبروا أن أساس القسم من الحقوق أي حقوق الله هو ما يقصد به النفع العام من غير اختصاص بأحد، ينسب إلى الله لعظم خطره، وشمول نفعه[2].

ثالثاً: من حيث المقصد من أساس التفرقة بين حق الله وحق العبد هو وجود حق للعبد، من حيث حقه أو حق الله فيه، وأن ما قاله الحنفية، وإنما لا يتسع للترجيح بين ذلك، ولكن القول الأرجح هو ما ذهب إليه الحنفية، والمصلحة للعبد قول معتبر، وأن حق الله في جميع الحقوق فإن حقوق العبد لا تنفك عنها، ويكفي أن نؤيد ما قاله كمال الدين إمام «والرأي عندي أن تكون الحقوق للعبد لا يستقيم من غير أن يعلو فيه مكان الأولوية لحق كل منهما، ويتقدم العبد فيه على الحق والواجبات على السواء، ونقول عندنا أنه لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله»[3].

الفرع لثالث: تقسيم الحق باعتبار محله.

وينقسم الحق إلى حقوق مالية وغير مالية، والحق العيني، والحقوق الشخصية وغير الشخصية[4].

البند الأول: الحقوق المالية وغير المالية.

الفقرة الأولى: الحقوق المالية. ما كان محلها المال كالملكية أو الديون أو حقوق الارتفاق[5].

الفقرة الثانية: الحقوق غير المالية: وهي الحقوق التي لا تتعلق بالمال، ولا تقوم به، كحق ولي المقتول في القصاص من القاتل أو العفو عنه[6].

---

(1) محمود محمد، حق الله وحق العبد في الشريعة الإسلامية، ص:23.

(2) أحمد محمود الشافعي، رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة "النشأة، التطور، المعاصرة" (منشورات الحلبي الحقوقية، 2003)، ص:235.

(3) محمد كمال الدين إمام، نظرية الفقه في الإسلام "مدخل منهجي"، (المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998)، ص:399.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر الطبعة الرابعة، 1991)، ج4، ص:18-21.

(5) أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، ص:384.

(6) أحمد محمود الشافعي، رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، ص:240.

البند الثاني: الحق اشخصي والحق العيني.

الǛرة اǁƏàl: اǁ Ę : ƟÔǺ ÎǁƏ ţ ǁÎ ȓ Ȼ مطلب يفر" وǂو Ǻص عل؟ Ȉ Ĭ ر"[1].

الǛرة اǁǺǁƦالية: اǁ Ę العيǂ: وǂو " ما يفرȻ ǁÎ ȓ ţ ǁÎǺص عل؟ ǅȉ ، كǁƘĘ Ȉراǁ ǒ ǁøار أو اǁÎ ȓيŎ العقار ǂǁ ǁÎفعة "[2].

البند الثالث: الحقوق المجردة والحقوق غير المجردة.

الǛرة اǁƏàǁ_Ǻ: اǁ ǹ فوة ǈ ǁǺǁǂ Ę : اǁ Ǻǁ ǂو اǁØي لا يترة أǂرا ǂالتناǁل عنǂ صǁøه ǁǂƘǁ أو ǂǁ ǁǂǃراǁǂ، ǂل يبق؟ ǂǁ اǁ Ę عند اǁ كǁǄ أو (اǁ ديǂ) ǂعد التناǁل كǂا كان قبل التناǁل ، ومǂǁøǁǅ حƎ الديǂ، ǂǁǅ ǂǁ الدائǂǁ اǁǂل عǂǂ ǂǁ ǁǂ Ǻينه كانǨ ǂǂمة اǁ ديǂ ǂعد التناǁل ǂǁ ǂعينها قبل التناǁل .

الǛرة اǁǺǁƦالية: اǁ ǹ فوة ǂǁ اǁ ǁǂ Ǻ: وا Ę ǂǁ اǁ Ǻǁ ǂو اǁØي يترة أǂرا ǂالتناǁل عنه كǁƘĘ القǂǁ ، ǂǁǅنه يتعلƎ ǂرقبة القاǁل وǂǂمه ويترة ǂيه أǂرا ǂالتناǁل عنه ǂيتغ ǅ Ǐ اǁ كم ، ǂǅÔ معǂوÔ ǂ الدǂǁ ǂالعفو ǂعد أن كان ǂǁ معǂوÔ ǂ الدǂ[3].

وǂناǂ ةǂ ǁǂفسيǂات أǂǁǂ ؟ ǁǁǂǁĘ لا يسع اǁǂǁاǁ ǁǂكرǂا، ǂǁن الغرÔ ليȆ اسǂتفراǂǁ ǂǁøǂعǂǁø P.

أنواţ اǁ ǹ فوة، ǂل ǂو ǂيان ǂǁǂǂǂ الفقهاǂ ǁǂ ǂ ţ اǁ Ę ، وǂǁديد موقع حƎ اǁ ǂǂ الفرǂǁي، عل؟ أن اǁ عتǂ Ǐ التقسيǂات الساǂقة ǂو القسم اǁ ǂول، أي ǂǁقسيم اǁ Ę ǂاعتبار صاحبه " ǂǁ "حƎ اǁ ! وحƎ العبد "والقǂد مǂ ǂÔ اعتبارȻ ǂو أن كل اǁ فوة ǂǁما ! وǂǁما للعبد أو ǂǂǁما معاً ، كǂا أن ǂǁǂǁ القسم ǂǁعتǂ القǂد مǂ Ôǂ اǁ Ę "التعبد ، اǁÔǂǂǁǁǂة " واǂǁ ǂتص ǂǁ Ę "حƎ اǁ ! وحƎ العبد" وكǂǁǂǁ اǁ ǂǁ ǁǂعيار اǁ ǁ ǂ أو النفع العاǂǁ ǂǁǂǂ ǁǂǁǁ .

المطلب الثاني : أقسام الحق في القانون الوضعي.

ǂري الفقه وعند الكǂǂǁ عل؟ أنواţ اǁ ǹ فوة عل؟ ǂǁقسيم اǁ ǹ فوة ǂǁقسيǂات عدǂ ǂǂǁتعǂǂǂǁ ǂǁعدǂǂ ǂǁوايا النǂǁر اǁليها، وليسǂ كل التقسيǂات ǂǁǂǁ ǁǂǂات أǂǂية متساوية كǂا أن معǂǁم ǂǁǂǁ التقسيǂات متداǂǁلة[4].

---

(1) مصطفى أǂǁد الزرǂǁ، اǁ ǂǁ ǂǁ ǂǁ ǁǂ ǂǁرية اǁلتزام العامة الفقه اǁسǂǁ، ص:26-27 . ومثاله القيام بعمǂǁ ǂǁ ǂǁق اǁ ǂǁǂǁǂǁ عǂǁى اǁǂǁر اǁ ǂǁو أداء الثمن واǂǁر اǁ ǂǁǂǁ ǂǁ يع، واǂǁǂǁ عن عمǂǁ ǂǁق اǁ ǂǁ ودţ عǂǁى الوديǂǁ أǂǁ يستعمǂǁ الوديعة .

(2) أǂǁد ǂǁمود الشافعǂǁ، رمǂǁ ǂǁ ǂǁ الشرنباصǂǁ، ǂǁǂǁ ǂǁ ǂǁبر عبد اǂǁادي ساǂǁ الشافعǂǁ، اǁ ǂǁ ǂǁ لدراسة الفقه اǁسǂǁ ونǂǁرياǂǁ العامة، ص:239-240.

(3) وǂǁبة الزحيǂǁ، الفقه اǁسǂǁ وأدلته،ج4، ص:21.

(4) مصطفى اǂǁماǂǁ، نبيǂǁ أبراǂǁيǂǁ سعد، اǂǁǂǁرية العامة ǂǁقانون، ص:433.

وسيتم الاقتصار على التقسيم الشائع للحقوق دون الحاجة إلى ذكر جميع التقسيمات، والمعتمد بالنظر إلى المعيار القانوني للتقسيم للحقوق تنقسم إلى حقوق مالية وغير مالية، وأخرى ذات طبيعة مختلطة .

الفرع الأول : الحقوق المالية.

وهي حقوق ذات طبيعة مالية يمكن تقويمها بالمال[1].

البند الأول: الحق الشخصي.

وهو «رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين، يخول بمقتضاها الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين»[2] ومنها الالتزام بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل .

ومصادر الحقوق الشخصية هي: العقود، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، القانون[3].

البند الثاني: الحق العيني.

وهي الحقوق التي لا وجود لها إلا مستندة إلى حقوق أخرى[4] وهي قسمان :

القسم الأول: حقوق عينية أصلية: وهي الحقوق التي تقوم بنفسها دون استنادها إلى حق آخر

القسم الثـاني: حقوق عينية تبعية: وهي التي تستند إلى حق من الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنين وتقوم بغرض ضمان الوفاء به[5].

الفرع الثاني : الحقوق غير المالية.

ويقصد بها الحقوق التي لا تتعلق فيها القيمة المالية وتنقسم إلى عدة حقوق: سياسية / شخصية / حقوق الأسرة[6].

البند الأول: الحقوق السياسية.

---

(1) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:97.

(2) محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:142.

(3)محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، ص:118.

(4) [illegible] دنوت، بن الشيخ [illegible]، النظرية العامة لقانون والنظرية العامة للحق، ص:148.

(5) محمد حسين منصور، محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، ص:102.

(6) سوزان علي حسن ،الوجيز في مبادئ القانون ،(دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001) ،ص:88.

وŁŁ l فوة الŸ ǴıqلاÎ Åص ةاعتبارƇ عȒoاŽ Pاعة سياسية لتمكينه مŒ ممارسةØ ،ïÎ Øl ř سياسياً qǻاراȜ ǗÎũون ɵŸǻƇ[1].

وǻنكارŁلǰ ŁØƇ l فوة Ž : حȨ qıنـÅlā ، l Ȩ Ž الترÌɵǴ، l Ȩ Ž ǻوƃ الوȘائȤ العامة، l Ȩ
Ž ǻكوين أǂحÂlā السياسية[2].

البند الثاني: حقوق الأسرة.

وŁŁ l فوة الŸ ǩǰƇ لاÎ Åص ةاعتبارƇ عȒoاŽ أسرƍ معينة، وأسرƍ مكونة مŒ أǂÌ Ål Î
ǻربطهم رابطة القرابة سواǘ كانƇ قرابة نسب (قرابة ɵǻ) أو قرابة مȏارƍلÔ (قرابة ǅواĝ) [3].

ومŒ ŁØƇ l فوة حȨ الÂوǅ Ž أن ǻقيم معه ǅوجته وأن ǻطيعه وحȨ الÂوجة علɂ ǅوجهاØl Ž أن
ǅسŒ معاملتها ،وحȨ ǂ āl Ž ǻأديب أولاǻƇ[4] .

البند الثالث: الحقوق العامة أو الحقوق الشخصية.

وŁŁ l فوة الŸ ǩǰƇ لاÎ Åص ةاعتبارƇ Ǻنساناً، وǇØlÕ ŁǄ ǩǰƇ جميع ǂ ǄųÂ وǇØlÕ
علɂ السواǘ وȚنيƇ كانوا أɵ أجانب ،وŁØƇ l فوة لاǅمة ةماية الÎ ÅÔية qاǻنسانية[5] .

وȘهور ŁØƇ l فوة يعتȃ حديƇ نسبياً ،وǇØlÕ ǆǋƇ ŁØƇ الطائفة مŒ l فوة ما لاǰƇ Ɓ
ǻأØl Ʌ ŁŢ : ǇǻŸ ǆǻǻ ǻفهومها الواسع جداً للبيث ǆÎ ǻكل l رياتÝ أɵ ǽ حب ǂرÔ ŁŁ
Ž نطاǬ l فوة الŸ ǇǻƇ Ɓ ǻللاǻǻ ǻاǰŁار الÎ Åص نفسهÝ[6] .

ومŒ ŁǻŁ l فوة ما يهدǇ Ɓ ǻاية الكيان l ǻي للÎ Åص ، كالȟق فه Ž l ياƍ ،وا l ȨØ
Ž سǻمة جسمه و أعȒائه ،ومنها ما يرمŁ Ɓ ǻاية الكيان ǂ ǻɵ أو l عنوي للÎ Åص ،وǻǰ ǆlTl :
حȨ الÎ Åص Ž صون Ìرǽ وȝعته و أسرارƇ ،وحقه علɂ ǅȝه وعلɂ صورƇ ونتاǅ ǆǻكرƇ مŒ Ø
مǘلفات و ƃاترعات أياً كان نوعها[7].

المطلب الثالث : موقع حق الأمن الفردي من الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الفرع الأول : مفهوم حق الأمن الفردي.

---

(1) سوزان عǻ ǆŁ حسن، الوǂيز مبادǛ القانون، ص:88.

(2) ǂام ǆمد ǆمد، رمȒان أبو السعود، l بادǛ ǂ ساسية القانون، (مǌǋǻ l ǻعارǃ باإسqكندرية، 1995 / 1996)، ص:187-188.

(3) ǆمد حسǻ ǆ منصور، ǆمد حسن قاسم، مبادǛ القانون، ص:98.

(4)ǆمد السيد عمران، ǂ ǻسȃ العامة القانون، ص:115.

(5) ǆمد حسن قاسم، مبادǛ القانون، ص:141.

(6) مصطفى الǻماÕ، نبيȈ ǻبراǿيم سعد ،النȚرية العامة ǻلقانون، ص:437.

(7) ǆمد حسن قاسم، مبادǛ القانون، ص:141.

لأن الأمن نعمة جليلة وهبة حاجة فطرية، وبقدر ما يتمتع الإنسان به، بقدر ما يكون انطلاقه قويًا نحو البناء والتعمير، والقيام بواجب الخلافة على الأرض في جو من السعادة والحرية والطمأنينة، ولذلك كان من مقاصد الشريعة الإسلامية تحقيق الأمن من خلال تشريعاته الكثيرة.

وقد امتن الله سبحانه وتعالى على قريش بنعمة الأمن مع نعمة الطعام وذكرها[1] بقوله ﴿فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ الَّذِي أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَآمَنَهُم مِّنْ خَوْفٍ﴾[2].

والماوردي[3] جعل الأمن من القواعد الستة التي تصلح بها الدنيا وتنتظم بها أحوالها فقال في القاعدة الرابعة «أمن عام تطمئن إليه النفوس، وتنتشر فيه الهمم، ويسكن إليه البريء، ويأنس به الضعيف، فليس لخائف راحة ولا لحاذر طمأنينة» وقد قال بعض الحكماء:

الأمن أهنأ عيش، والعدل أقوى جيش، لأن الخوف يقبض الناس عن مصالحهم ويحجزهم عن تصرفهم، ويكفهم عن أسباب المواد التي بها قوام أودهم وانتظام جملتهم[4].

والمفهوم الإسلامي للنفس البشرية يجعل المسلمين يحترمون حق الإنسان في الحياة ويعطونها كل الاحترام، ولا يتركون لأحد أن يعتدي عليها أو يكدر صفو حياة صاحبها، ويعتدي على حقه في سلامة نفسه وجسده ونسله[5]. على أن الكلام السابق في تحديد مفهوم حق الأمن، بقدر ما هو تأكيد على أهميته باعتباره مقصدا من مقاصد الإسلام، وضرورة من ضرورات الحياة.

والحقيقة ليس من السهل وضع تعريف أو تحديد مفهوم حق الأمن الفردي، غير أن حق الأمن يشمل حق الإنسان في الأمن على نفسه ونسله، وحق الإنسان في الأمن على ماله وحق الإنسان في الأمن على عرضه ودينه. كما أن الأمن لا يتعلق بالفرد لوحده، بل أن

---

(1) محمود محمد، حق الأمن في الشريعة الإسلامية (مجلة الموافقات، العدد الثالث، جوان 1994، المعهد الوطني العالي لأصول الدين)، ص:29.

(2) القرآن الكريم، سورة قريش، 4.

(3) **وهو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي أحد أئمة أصحاب الوجوه، كان من الفقهاء في بلدان البصرة وبغداد، تفقه على أبي القاسم الصيمري بالبصرة، وكان حافظا للمذهب، من تصانيفه: "الحاوي" و"الأحكام السلطانية" و"تفسير القرآن" و"النكت والعيون" توفي سنة (450هـ)، ينظر: طبقات الشافعية، 230/2، وفيات الأعيان، 285/3.**

(4) الماوردي، أدب الدنيا والدين، ص:102.

(5) محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية (مصر الكتاب، البليدة)، ص:459.

للتمتع والتحرر والحركة... أن ... حيث ... نوع من النظام، حق ... الإنسان العادي، وحق ... بالنسبة للفرد ... تهم .

وقد حاول "عثمان عبد ... " ... مفهوم ... في الفرد الأمن في ... فقال : «حق الأمن الفردي يعني ... قدر من الطمأنينة يستطيع الفرد ... لها وعلى أساس من النظام القائم في الدولة أن ... ويهيئ ... ستقبله»(1).

و... "... سعادي" ... أن ... الأمن ... معنا ... الأمن الكامل ... يتعرض ... مؤسسات الدولة أو من ... سواء ... أو ... أو ... وأن ... يرتبط مع حقوق ... ، وعدم الاعتقال التعسفي، والقبض ... الدائم(2).

وعلى ... التعاريف السابقة ... الفردي ... الافتراض ... التعريف ... «امتداد الدعائم والضمانات المادية(3) والمعنوية ... البشرية القائمة على ... النفس البشرية من ... عليها، و... الكرامة ... انتهاك حرمة الإنسان بوصفه أكرم ... المخلوقات وأعظمها». ... أن ... الأمن الفردي ... القائم على أعمدة القوى (قوة العقيدة، قوة المال، قوة البدن، الرتبة، قوة ...) ... النفس ... الضمانات المادية، والطمأنينة والثقة والأمن ... والاستقرار وعدم ... الضمانات المعنوية، ومفتاح البناء ... والعقيدة ... السليمة الناشئة من الله سبحانه ... للقوة ... وأكرمنا منه ... الطالبة ... لا حسد ... بالطريق ... ، و... كل ... الشرعية .

وعندما ... حق الأمن الفردي ... ستكون لديه الثقة الكاملة ... امتلاكه قبل اكتساب القوة اللازمة للدفاع عنه .

---

(1) عثمان عبد ... ، حق الأمن الفردي ... "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي" ... الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة، سبتمبر 1983، ... الحقوق، جامعة الكويت)، ص:33.

(2) محمد سعادي، حقوق الإنسان، (دار ريحانة، الجزائر،الطبعة الأولى، 2002)، ص:16 - 17.

(3)"... من ... الحقوق و... الحماية والتطبيق والتنفيذ ... الأفراد ، والجماعات، ... سواء ... بالرتبة أم بالعقيدة، أم بالقوة"، محمد الزحيلي، حقوق الإنسان ... ص:362.

الفرع الثاني : موقع حق الأمن الفردي من أقسام الحقوق في الشريعة الإسلامية.

ٱن ا Ě Ž ا ǰ ǚمه الفرǻي ǁعناŋ الǾي ƨǚƶ ǝ ƠقيĚ ا ǑĿا ǑĿǾا ة الفرǻية واعتبار ا

ǚا ǓǾعية أن يǚǰƧ ǚǒǻ Ž ا Ŀا ǐربعة اţمية مǚ ا قوǟ ا Ŀتركة ǝ ا ! والعبد ،وǾǹو ǵǾا

اĿترǥ ǟيه ا ǓǾ Ǥ لا ǵǾ نايات ا« قوله Ž ƑاĿ ا Ʊǁ ما أكد اǾǹ ،و الغالب ا ! Ěحǧ فان وا ا ǟيه

ǚٱسقاţ ǚ ا ! Ěح آليته رǚǚ كوǟة مǚĿ اǛŕ العبد، ǚ أن ǚ حياǥ النفوǟ وكǚǚال العقول واǚ ةجسا

مǚ حǧ ا ! ǚǚǛ ǵ Ž العبد، وليǚ مǚ È حقوǟ العبد، وǾĿا لا مطǚǚ للمǚلǥ Ž ǚٱسقاţ ǚ حقه Ž

ا ياǟ ǚالقتل أو الانǚǚار، أو ǚ ǚ ǚ عǚمǚ ǚ و مǚ أعǚائه، حǥ يǚ ǚ ǚǚلǚا النفǚǚوǟ واǚ ةجسǚǚ

والعقول ما ورǻ ǚالتكليǚ والطلب»[1].

وأكد عǚ ǚ Ǧǚǚ وǚبة الǚحيلي، وǚǚǜ عند التǚǚيل للǚǚǚ ا ǚ Ĳترǥ فقال « ... وممǚǚǚ

أǚǚ صيانة اǚنسان حيانه وعقله وصǚǚته وماله فيها حقان ،لكǚ حǧ ا ! ǚǚالب لعǚǚوم النفǚǚ

العائد للǚǚǚǚتمع»[2].

الفرع الثالث : موقع حق الأمن الفردي من أقسام الحقوق في القانون الوضعي.

ٱن ا Ě Ž ا ǰ ǚمه الفرǻي ǚǚǚ ǚ ǚنيفه Ž القانون ǚǚǚ ا قوǟ اللǚيقة ǚالǚ ǚ ǚǚǚية،

ǚǚ ǚǚǚ للǚ ǚص كونه ǚنساناǚ ،وǚǚ يستوي فيها ا ǚيع ،ويعǚد ǚǚǚ الكǚǚ »ǚǚ يǚ ǚǚǚ Ž

ǚǚليعة ا قوǟ ا ǚكرسة ǚ ǚاية الكيان ا ǚǻي لǚنسان ا Ě Ž ا ǚǚǚ Le droit à la vie

ا Ě Ž ǚǚمة ǚدنه أوجسدǚ Le droit à l' intégrité physique ومقتǚǚ ǚǚǚǚ

ا قوǟ ǚǚǚ صاحبها مǚ ǚاية كيانه ا ǻǚي Ž مواجهة الغ ǚ انع ǚǚǚǚ مǚ ا ساǟ ǚǚسدǚ أو

ǚǚǚǚǚ ǚǚائه ا ǚǚتلفة أو ǚعتداǥ عليه ǻون مسوǚ قانوǚ»[3].

وǚǚǚǚ ǚǚǚ للكǚǚ ǚǚǚ ا Ě أقول أن ǚǚǚǚǚ ليǚ ǚǚǚ عقيدǚ أساسها العباǻǚ وǚǚǚǚان، ǚǚǚل

ǚǚو أيǚǚ ǚǚريعة أساسها ǚǚǚǚ ǚ Ž التطبيǚ والعǚل .

ǚقد جاǥ Ž كتاǚ "ǚǚǚǚ عقيدǚ وǚǚريعة "ما يلǚ : «...عǚǚ أن ǚǚǚǚ له ǚǚعبتان

أساسيتان لا ǚوجد حقيقته، ولا يتǚǚǚ معناǚ ǚلا ǚǚ ǚǚǚت ǚǚǚعبتان حǚǚǚǚ مǚ ǚǚǚǚ التǚǚǚǚ

والوجوǻ، Ž عقل اǚنسان وقلبه وحياǚه، وǚǚǚان الǚعبتان ǚǚ: العقيدǚ والǚريعة»[4].

---

(1) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص:285.

(2) وǚبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص:15.

(3) مصطفى ǚǚماǥ، نبيǚ ǚبراǚيم سعد، النǚرية العامة للقانون، ص:438

(4) ǚمود ǚǚتوت، الإسلام عقيدǚ وǚريعة، (دار الشروǟ، الطبعة الǚادي عشر ، 1983)، ص:9.

خلاصة الفصل التمهيدي

ǚن ا Ę كلمة ǚا استعمال واسع ومتنوع ţ Ž اللغة، وأن ا ǚأن ا ǚأن ا عليها متعددة ǚا

لكن أصلها ا Ž فيقة واحد وهو الثبوت، والفقهاء القدامى وتالرغم من استعمالهم الرائع للفظ

ا Ę لا ǚأن إ ǚمن استعمالها على ǚعريف جامع كل معانيه، وهو راجع لو ǚمع ا Ę من جهة،

ولعلاقة ا Ę بالواجب من جهة أخرى، بالتكليف يستلزم وجود ا Ę، وعناية الشارع ţ بالتكاليف

ǚفسر على أساس عنايته با فوة .

والفقهاء الأصوليون القدامى عرفوا ا Ę بالتقسيم، أما ا لمعاصرون ǚعددت تعريفاتهم للحق

وانتقدت من ǚعريفاتهم ولكن "الثبوت"، ا ǚ ا "ا ǚ ا ǚا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ بالملكية ǚ ǚ ǚ

جهة التزامهم بتعريف القانون أيضاً ǚعددت تعريفاتهم للحق ǚ ǚ Ž التعريف، وفقهاء القانون ǚون

ǚ ǚ ǚ ا ǚ التقليدية ا ǚ ǚ ǚ ǚ ا ǚ، وا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ على عنصر ا ǚ أو ا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ

ونظرية روبيه" على أن التعريف ا ǚ ǚ Ž ا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ :

«ا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ! على عبارة أو ا ǚ ǚ على ا ǚ ǚ أو ǚ ǚ معاً على

سبيل ا ǚ ǚ وكان الوصف واجباً ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ مشروعة».

أما Ž القانون ا ǚ ǚ ǚ » ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ والتسلط على قيمة أو مركز

قانوني مع احترام الغير له».

ومصدر ا فوة Ž ا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ، وا فوة مشروعة بالكتاب

والسنة، ووجدت ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ مقاصد شرعية. أما مصدر ا فوة Ž القانون الوضعي (القانون).

و ǚ ǚ ا فوة ǚ ǚ ǚ ǚ عدة سواء Ž الفقه ǚ ǚ ǚ أو القانون ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ

ǚبيعتها أو مصدرها أو الغاية منها .

وا Ę Ž ا ǚ ǚ الفردي هو ǚ ǚ ǚ الدعائم والضمانات ا ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ

القائمة على ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ ǚ عليها، ǚ ǚ ǚ ا Ę Ž ا ǚ ǚ ǚ الكرامة دون

ǚ .

ويÔ،Ʒ حȨ ا ǰ ƫمǆ الفرǻ ي Ž الǮ ريعة اƧǶ ميةǛ ǆƫ ا قوة ا Ǯ تركة Ǿ حǿ Ȩ !

والعبد وحȨ ا ! ǆǃا لب، أما Ž القانون الوǛ ǆǅ يدرǃ ǜǛ ǆǆƫ ا قوة ا ǅƘ يقة اǮ ƘǮ ية .

وƴǰكن أن أقول أن ǅ ƫǛ ȳ يقرر ا قوة ǧǰ ا بعد أن جعل Ʒǰ أساǯ روحيا وǻيǿ ǆ ناǿ ع

عǆ العقيدǦ اƪǈǈƘية ا ǅ ǰ كفل ǻ اȳ ǰ ǯ ا قوة ورعايتها ǈǻ صول ǈ رعية ǆǃ امنة عدȳ ǆ روجها

عǆ السبيل اƪǈƘǈ ǰ ǻ ي للنǯ ǯ الدي ǆ والدنيوي، ǅ ǛǨ ǯ العقيدǦ وا ǈ ريعة Ž ȳǛ ǆƫ

ǆǽ ا ǰ ǻ ي أكسب ا قوة ǆǅ دافيتها ،وجعلها مطوقة ǆ حبل متين ǈ لا ǈ ǈ الث، حبل ǻيǾ ǆǃ

ǈ ǈ ƞ ا ǰ ǰ ǻ ة ا قوة Ʒ ǰ ǽ ǈ ، ǆ ǈ ǯ Ʒǆ ǰ ǯ ƞ ǈ وƞ ǰ عله يو ƫ ǯ ǆ ǆ ǆ ƞ ǰ

ا ǆǈ وحة ƞ ǆǆ Ʒǆǯ عǆ ǛǛ ǆǆƫ ǈ ǈ ون ا روǃ عǆ ƫǰ ǯ ار العقائدي، ƫǛ ǆǛ وكي Ʒ ǆǰ ǈ ǈ ƫǯ حل

ǈ ǈ ǈ لة العاǆ لة ǈ ǈ Ʒ ǆǈ ǈ ǈ ǈ ǈ ƞǆ ǈ عقيدǦ سليمة وǈ ريعة ǈ ǈ ǈ .

الفصل الأول

حق الأمن الفردي في النظرية العامة للتجريم والعقاب

- المبحث الأول: مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات.
- المبحث الثاني: مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية.
- المبحث الثالث: مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية.

ﱠن ﻣﻦ مقاصد اﻟﺠﺮيعة الكﮯ ؟ﺣﻔﻴﻆ ﺍﻷﻣﻦ الفرﺩي ، والنﻈﺎﻡ ﺍﻟﻌﺎﻡ ﻭﺍﻟﺘﺠﺮﻳﻢ حر ﺍ كل
ﺍ ﺭ ﺍ علﯽ صيانة النفﺲ البﺸرية وﺣﻤايتها. ﺗﻘﺮر العقاﺏ علﯽ كل ﻣﻦ ﻳﺴول له نفسه الاعتداﺀ علﯽ
ﺍﻟﻤﺤﺮمة.

واﻟﺸريعة ﺍﻹﺳﻼمية ﺗﺴعﯽ لتﺤﻘﻴﻖ العدل ﺑﺮ ﻓﻆ ﺍﻷﻣﻦ ﺍﻟﻔﺮﺩي ﻓﻲ ﻭﺣﺪ ﺍﻟﻘﻀﺎﺀ ﻭﻣﻦ ﺍﻟﻤﺠﺘﻤﻊ ﻓﻲ
استﻘﺮﺍﺭﻩ ﻭﻣﻌاﻟﻢ ﺍﻟﻌﺪﺍﻟﺔ ﻣﻦ ﺍﻟﻤﺴﺎﻭﺍﺓ ﻭ ﺍﻟﺘﻘﺮﻳﺐ. وسعيها ﺍﻟﺤﺮﻣﺔ مباﺩﺉ جنائية وأصول ﺗﺸرعية ﺍﻟﻌﺪﺍﻟﺔ ﻗﻮﺓ
ﺭﺩﻋﻬﻢ ﻣﻦ ﻳﺤﺎﻭﻝ أحيانا، ﻟﺬﻟﻚ ﻳﻘﻮﻡ ﺍﻹنسان ﻓﻘﻪ ﻓﻲ الاستﺨﺪﺍﻡ لاﺑﺪ وأن ﻳﺄمر أن نفسه مطمئنة،
وحاله مستقر، وأن الدولة ﺗﺴﺘﻄﻴﻊ سلطاﻧﻬﺎ ﻭﻻ ﺗﻌتدي ولا ﺗﺸﻲ ﻣﻦ ﻳﺘﻜﻞ ﺍﻻﺗﻜﺎل علﯽ ﺍﻟﻤﺤﺮﻡ ﻓﻲ،
ﺇﻥ ﺍﻟﻤﺸﺮﻉ ﻗواعد ﺗﺮﻳﺪ ﻓﻲ النﻈرية العامة للتﺠﺮ والعقاﺏ ﺍﻟﻤﻘﺮﺭ الفرﺩ. ﺗﺸرعية العقوﺑﺎﺕ لعدﻡ
انتهاﻙ ﺍﻟﻤﺤﺮمات، وﺷﺨﺼﻴﺔ ﺍﻟﻤﺴئولية ﺍﻟﺠﻨائية أساﺱ للمساﺀلة الفرﺩية، ومبدأ عدﻡ ﺍﻷﺛﺮ الرجعﻲ
للقواﻧﻴﻦ ﺩﻋائم رئيسية ﻟﻸﻣﻦ ﺍﻟﻔﺮﺩ ﺍﻟﻤﺒﺎﺩﺉ ﺍﻟﻤﺒﺎحة. ﺗﻬﺪﻑ ﺍﻷﻓﻌﺎل ﺍﻟﻔﺮﺩ مساﺀلة الفرﺩ عدﻡ علﯽ ﺩليل ﺍﻟﻔﺮﺩ
ﻓﻲ ﺍﻷﻣﻦ الفرﺩي، وعلﯽ أساسها يتم التنﻈﻴﻢ لكفالة ﺍﻟﻤﺤﺮﻡ ﻓﻲ وحسﻦ استﺨﺪﺍﻣﻪ ﻓﻲ النﻈﺎﻡ ﺍﻹجرائي ،
وسﺄحاول ﻓﻲ ﺍﻟﻤﺤﻞ الﻔﺼﻞ ﺍﻹجاﺑﺔ ﻋﻦ ﺍﻹﺷﻜﺎلات ﺍﻟﺘﺎلية:

❖ ﻫﻞ القواعد العامة وا ﺍﻟﻤﺒﺎﺩﺉ ﺍﻟﺠﻨائية ﺍﻟﻤﻘﺮﺭﺓ ﻓﻲ النﻈرية العامة للتﺠﺮ والعقاﺏ كاﻓﻴﺔ للقول
ﺑﻀﻤﺎﻥ ﺍﻷﻣﻦ ﻓﻲ ﺍﻟﻤﺠﺘﻤﻊ الفرﺩي؟

❖ ما مدﯼ ﻓﻌالية الﻀﻤاﻧﺎﺕ ﺍﻟﻤﻘﺮﺭﺓ ﻓﻲ ﻇﻞ ﺍﻷﺻول ﺍﻟﺠﻨائية ﻟﺤﻤاية ﺍﻟﻤﺘﻬﻢ ، وﻫﻞ ﻫﺬﻩ
الﻀﻤاﻧﺎﺕ ﻳﺘﻤﺘﻊ بها علﯽ ﺍﻟﺴﻮﺍﺀ، أﻡ ﺍﻟﺬﻱ ﻳﻌﺮﻑ استﺜﻨاﺀات ﺇﻥ كان ﻓﻲ اﻟﺸريعة ﺍﻹﺳﻼمية أو القانون
الوﺿﻌﻲ؟

المبحث الأول: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

إن الفرد لا يأمن على نفسه وعلى حرمة جسده وحياته الخاصة إلا إذا كان متأكدا من شرعية العقوبات، وعدم توقيعها بتعسف من السلطة، بحيث أن كل جريمة وكل عقوبة منصوص عليها.

لقد عرف الإنسان عبر التاريخ العقاب على جرائم وأفعال مستهجنة، وكان لا يتم ذلك إلا بعد أن يظهر ... شرعية أو قانونية، تقوم على مبدأ معاقبة الأفعال التي تعد جرائم، ... ولا تعد الأفعال جرائم إلا بعد اعتبارها كذلك بنص. ومبدأ شرعية الجريمة والعقوبة مؤسس على أن «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» والسلطات الكفيلة ببيان الأفعال المعاقب عليها وتحديد العقوبات الخاصة بها. ولا يجوز أن يمنح هذا المبدأ الفرد الأمن بواسطته يأمن الإنسان على نفسه من تعسف السلطة في توقيع العقاب، بحيث تكون سلطة القاضي مقيدة بالقانون، وعلى أساس منطقي، وأساس القانون أساس الفصل بين السلطات، وبالتالي لا يمكن في أي حال من الأحوال معاقبة الأشخاص على أفعال مجرمة بنص قانوني أو على أساس ... ، وإلا كانت الأمور متروكة للعبث والظلم وعدم الثقة.

المطلب الأول : مضمون المبدأ في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي:

الفرع الأول: مضمون المبدأ في الشريعة الإسلامية.

إن المبدأ مؤسس على القول التالي «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص». «والشريعة توجب لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم الفعل ويعاقب على إتيانه، وهذا ما نسميه اليوم الركن الشرعي للجريمة»[1].

الفرع الثاني: مضمون المبدأ في القانون الوضعي.

ويقصد به أنه لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص القانون صراحة على تجريمه، كما أنه لا يجوز توقيع عقوبة على المتهم إلا ما هو مقرر قانونا من حيث نوعها و مقدارها[2].

ويقصد به أيضا «أنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص القانون» وبالتالي لا يجوز أن يعاقب على فعل لم يجرمه المشرع[1].

---

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، (مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة،1985) ج1، ص:122.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام – الجريمة (ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة ، 1994)، ص: 38.

ويعني مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات « أن توكل مهمة حصر الجرائم وتحديد عقوباتها إلى السلطة التشريعية، فهي الجهة الوحيدة التي يعهد إليها ببيان الأفعال التي تعد جرائم»[2] .

المطلب الثاني: أصل مبدأ الشرعية و أساسه في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.

الفرع الأول : أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية.

أساس مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية آيات قرآنية و قواعد أصولية شرعية.

البند الأول : القرآن الكريم باعتباره مصدر الشرعية.

إن شرعية الجريمة و العقوبة، لا تستند إلى مصدر بشري، أو إلى قول إنسان، وإنما تستند إلى مصدر إلهي من الله عز وجل وإلى آيات قرآنية صريحة دالة على حظر الفعل قبل تقرير عقوبته، ومن الآيات الدالة على ذلك:

قوله تعالى ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[3]**، أي أن الله لا يهلك أمة بعذاب إلا بعد الرسالة إليهم و الإنذار[4].**

وقوله تعالى﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [5] **فيقولوا ما أرسلت إلينا رسولا، و ما أنزلت علينا كتابا[6].**

قوله تعالى« و مَا كانَ ربُّكَ مُهلكَ القُرَى حَتَى يَبعَثَ في أُمِهَا رَسولاً يَتلوُا عَليهِمْ آيَاتِنَا وَ مَا كُنَا مُهلكِي القُرَى إلا وَ أهلُهَا ظَالِمونْ**»[7] . أي أنه تعالى لا يهلكهم إلا إذا استحقوا الإهلاك بظلمهم، و لا يهلكهم مع كونهم ظالمين إلا بعد تأكيد الحجة و الإلزام ببعثة الرسل، و لا يجعل علمه بأحوالهم حجة عليهم[8].**

---

(1) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000)، ص: 324.

(2) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، (الدار الجامعية) ص:43

(3) القرآن الكريم، سورة الإسراء، 15.

(4) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن (دار الكتاب العربي) ج10، ص : 231.

(5) القرآن الكريم، سورة النساء، 165.

(6) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، ج6، ص:18.

(7) القرآن الكريم، سورة القصص، 59.

(8)القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، ج13، ص:302.

والآيات السابقة على سبيل التمثيل لمبدأ الشرعية و ليس الحصر. وتدل جميعها قاطعة على أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بعد نص شرعي، لأن الله سبحانه وتعالى لا يكتفي بعلمه دليلا على عقاب الناس بل يبعث رسله أولا لبيان ما هو محظور أو مباح، ثم يلزمهم بالعقاب بعد إعذارهم.

البند الثاني: القواعد الأصولية الشرعية مصدر الشرعية.

لقد أرست الشريعة الإسلامية الغراء قواعد أصولية أساسا لتطبيق مبدأ الشرعية و هذا راجع لأهمية هذه القواعد في الحفاظ على حق الأفراد في الأمن الفردي، ومن القواعد الموضوعة أساسا لأصل الشرعية.

أولا: قاعدة «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص»[1] وأساس القاعدة أن المكلفين لا يحاسبون عن أفعالهم إلا إذا ورد نص يحرم هذه الأفعال.

ثانيا: هناك قاعدة أساسية أخرى تصلح لأن تكون مبدأ الشرعية وهي "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة" ومعنى ذلك الفعل والترك إلا ما قام الدليل على حرمته والأصل عدم الإلزام إلا بنص"[2] و«الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم»[3].

وبالتالي فإن أفعال الشريعة الإسلامية مباحة ابتداء، ولذلك إذا أتى الفرد أو امتنع عنها لا تقرر مسؤوليته جنائيا، إلا إذا ورد دليل التحريم.

ثالثا: هناك قاعدة أصولية تقضي بأنه "لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف أهلا لما كلف به، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله" ومن ثم لا يصح تكليفه شرعا إلا إذا كان قادرا على فهم دليل التكليف، وكان أهلا لما كلف به[4] وبالتالي الامتثال لفعل الوجوب أو الترك لا يكون إلا بعد بيانه.

---

(1) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، (دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1984) ج1، ص : 130.

(2) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، ص: 235.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي (دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة 1998)ص:133.

(4) مختار عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، (الزهراء للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى 1990) ص :134-135.

الفرع الثاني: أصل المبدأ و أساسه في القانون الوضعي:

البند الأول : أصل المبدأ في القانون الوضعي.

أولاً: تاريخ المبدأ: يرجع تاريخ المبدأ إلى الثورة الفرنسية التي ظهرت فيه أفكار الفصل بين سلطات الدولة الثلاث [السلطة التشريعية، السلطة القضائية، السلطة التنفيذية] حيث كان الحاكم يجمع في يديه جميع السلطات، وحيث كان القضاة يحكمون في الجرائم والعقوبات بحسب هوى الحاكم(1).

والمبدأ عرف قفزة نوعية بعد أن تبناه رجال الثورة و أعطوه صياغة واضحة وأدرجوه في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أغسطس 1789 (2).

وحديثاً تم التأكيد على المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1948/09/10 بقولها: «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه»(3).

ثانياً: أصل المبدأ في القانون الجزائري: أخذ المشرع الجزائري بمبدأ قانونية الجرائم و العقوبات واعتبره أساساً في نصوصه القانونية سواءً في الدستور أو قانون العقوبات.

أ- مبدأ الشرعية في الدستور الجزائري: أقر الدستور الجزائري الصادر في 28نوفمبر 1996(4) في الكثير من نصوصه على ضرورة احترام مبدأ الشرعية وسنذكر بعض المواد الدالة على ذلك:

- **المادة 29: «كل المواطنين سواسية أمام القانون».**
- **المادة 45: «كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون».**
- **المادة 46: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».**
- **المادة 47: «لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقاً للأشكال التي نص عليها».**

---

(1) عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات (القسم العام) ، ص:60.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج1 الجريمة (ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة1998) ص: 75.

(3) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن (الدار الجامعية) ص :79.

(4) الدستور الجزائري، استفتاء 28 نوفمبر 1996 (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001)، ص: 10-12.

- المادة 140: «أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون».
- المادة 142: «تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأ الشرعية والشخصية».

فجميع المواد السابقة الذكر دليل على مبدأ الشرعية، وأن يجعل التشريع لا يعتبر جريمة إلا ما نص عليه القانون، وأن تكون الجرائم والعقوبات محددة بالنصوص القانونية.

ب- مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري: قانون العقوبات الجزائري(1)، أكد بدوره على ضرورة احترام مبدأ الشرعية ونص عليه في المواد:

المادة 1: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون».

المادة 2: «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».

المادة 3: «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية، كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية الجزائرية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية».

فالمادة الأولى فيها نص صريح على مبدأ قانونية النص الجنائي، أما المادة الثانية والثالثة تقرر مبدأ الشرعية بصفة عامة.

البند الثاني: أساس مبدأ الشرعية في القانون الوضعي:

أولا: أساس الركن الشرعي للجريمة: ويقصد بالركن الشرعي للجريمة نص التشريع الذي يضفي على الفعل أو الامتناع صفته غير المشروعة، فالجريمة لا تكتسب وصفها كجريمة إلا منذ أن يقرر تجريمها بنص قانوني(2).

فالركن الشرعي حسب هذا الرأي هو الصفة غير المشروعة للفعل، ويكتسبها بخضوعه لحكم قانوني على علاقة معينة بين الواقعة المرتكبة والمصلحة المحمية بالقاعدة الجنائية(3).

---

(1) قانون العقوبات الجزائري، أمر رقم 66 – 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات، ص:1-2.

(2) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002)، ص:139.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 69.

ثانيا: اعتبار الشرعية ركنا في الجريمة: أو هذا الرأي يعتبر الشرعية ركنا مكونا للجريمة، أي لا يعدو أن يكون وصفا للسلوك المجرم أو شرطا مفترضا أو أوليا في بنائها القانوني[1] ويذهب عادل قورة إلى أن اعتبار الشرعية ركنا في الجريمة ليس مسلما به في الفقه المصري والفرنسي[2].

على أن المشرع الجزائري اعتبر الشرعية ركنا في الجريمة وأكد على أن الجريمة تتكون من أركان ثلاثة «الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي»[3] وإن كان الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري رأيا صائبا ومنطقيا راجع لأهمية الشرعية في اعتبار الجريمة، بجعلها ركنا أساسيا للجريمة أحسن من اعتبارها شرطا وصفة في البناء القانوني العام.

ثالثا: جوهر عدم المشروعية: إن صفة عدم المشروعية تستخلص من القاعدة القانونية الجنائية، ولكن كيف يمكن استخلاص هذا التكييف من القاعدة القانونية الجنائية[4].

ذهب رأي في الفقه إلى تغليب الصفة التقييمية للنص الجنائي، وذهب جانب آخر إلى تغليب الصفة الآمرة للنص الجنائي، ولكن الرأي الأرجح يقول بالصفة الآمرة بالركن المعنوي للجريمة، أما الصفة التقييمية تتصل اتصالا وثيقا بالركن الشرعي[5].

رابعا: عناصر الركن الشرعي في قانون العقوبات: إن اكتساب الصفة غير المشروعة للفعل يخضع لنص تجريمي كاف في جميع الأحوال لتطبيقه، حيث يشترط لتطبيقه أن لا يخضع الفعل بعد تطابقه مع نص التجريم ، لسبب من أسباب الإباحة[6] ويتضح من ذلك أنه ولقيام الركن الشرعي لا بد من توافر عنصرين هما:

أ- خضوع الفعل لنص التجريم .

ب- عدم خضوع الفعل لسبب من أسباب الإباحة[7].

---

(1) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 321.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 33.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري ص: 71 وما بعدها.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص : 33.

(5) ينظر: عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص : 33 وما بعدها.

(6) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:70.

(7) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 36.

و الشريعة الإسلامية قررت المبدأ قواعد أصولية و آيات قرآنية منها ما قال
فقهاء القانون يختلفون في أساس الشرعية أي في اعتبارها ركنا من أركان الجريمة أو شرطا وصفيا
قائل، ويتناولون أيضا في تحديد الشروعية.

المطلب الثالث: أهمية مبدأ الشرعية.

يستمد المبدأ أهميته من حيث أنه ضمانة قوية للأفراد في الوقت الذي هو حماية للمجتمع،
فالمبدأ يقيد الفرد جانب السلطات العامة التي لا تستطيع أن تحاسبه إلا بموجب النص
القانوني[1]. كما أنه يضمن تحقيق الردع العام ويبرر العقوبة للرأي العام، بالنص على عقوبة محددة
لفعل معين يتحقق الردع العام، وهو ما يسمى بالرد على بيان الفعل المجرم و تحديد العقوبة،
ومن ناحية أخرى يجعل تطبيق العقوبة مرتبطا بشرائط محددة بسبب الأركان الجريمة، فيعطي
للمجتمع تبرير منطقي لتنفيذ العقوبة[2].

أن المبدأ تطبيق للفصل بين السلطات وهو من المبادئ المهيمنة على الدولة الحديثة، و
في مبدأ الفصل بين السلطات تختص السلطة التشريعية وحدها بإصدار القوانين التي تجرم
وتعاقب على الأفعال[3]. ويظهر أهمية المبدأ أيضا في أنه يشكل حدا ووسائل تحقيق المساواة بين
الأفراد في مواجهة السلطات العامة بما تملكه من ترسانة عقابية سواء على صعيد التشريع أو
القضاء، فالأفراد سواسية أمام القانون في التجريم [4].

و تتجلى أهمية مبدأ الشرعية في حماية المجتمع و تحقيق الردع العام، و في تجسيد فكرة
الفصل بين السلطات وكذا تبرير العقوبات و مواجهة السلطات الموقعة للعقاب، فقد أتت الشريعة
الإسلامية بإقرار أصل الشرعية لا يمكن في أي حال من الأحوال الخروج عنه حماية للأفراد حتى
لا يقدم الإنسان على الإجرام والعقاب قبل القيام بالأوامر الامتثال.

---

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:79.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص:39.

(3) ينظر: محمد زكي، أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 145.

(4) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 327- 328.

المطلب الرابع: النقد الموجه لمبدأ الشرعية في القانون الوضعي.

رغم أهمية مبدأ الشرعية في تحقيق الأمن الفردي و تجسيده لمبدأ الفصل بين السلطات وكذا اعتباره أحد الضمانات الرئيسة التي تحول دون تعسف القاضي في تجريم أي فعل غير مسنود إلى نص قانوني، إلا أنه لم يسلم من النقد.

الفرع الأول: أساس النقد.

إن الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية تمس جوانب عدة منها ما يتعلق بالنص القانوني، وأخرى تعدت إلى غاية مناقشة تقييد القاضي، وكذا ما يتعلق بتحديد الجرائم أو العقوبات و يمكن جمع هذه الانتقادات في العناصر التالية:

1- أن المبدأ يعيب التشريع بالجمود وعدم المرونة في مواجهة التطورات الاجتماعية المستحدثة التي قد لا يتصور المشرع حدوثها وأساليب ارتكابها عند وضع النص التجريمي[1].

2- أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات يقف عقبة أمام القاضي، ويحول بينه و بين اختيار الجزاء الذي يتلاءم و شخصية المجرم[2].

3- أن التطبيق الصارم للمبدأ يؤدي حتما إلى تغليب مصلحة الفرد المجرم على مصلحة الجماعة، فالخبيث يستفيد من الفجوات التي تعتري التشريع القائم، في حين يجب تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد المجرم ومعاقبته في القيام بأفعال ضارة لا نص فيها[3].

4- أن المبدأ في كثير من الأحيان قواعد الأخلاق و يقصر عن حماية مصالح المجتمع، لأن الشارع ليس في مقدوره حصر الأفعال الضارة بالنظام السياسي أو الاجتماعي في الدولة أو الأفعال التي تتنافى و قواعد الأخلاق[4].

الفرع الثاني: الرد على الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية.

إن الفقه لا يسلم بهذه الانتقادات كلها ويتمسك بمبدأ الشرعية حيث يعتبره ضمانة ضرورية لحماية حقوق الأفراد و حريتهم[5].

و يمكن الرد على أهم الانتقادات بما يلي:

---

(1) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص: 146.

(2) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 46.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:82.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص:40.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:83.

1- ومن جهة أخرى فإن ما يعاب على المبدأ من جمود التشريع وعدم مرونته مردود عليه، فبوسع المشرع دائما أن يتدخل لتجريم الأفعال المستحدثة بتجريم أفعال جديدة أو إباحة أفعال مجرمة، وله أن يعدل في النصوص القائمة(1).

2- القول بأن مبدأ الشرعية يقيد القاضي مسلم به، لكن في قانون العقوبات الحديث يخول للقاضي سلطة تقديرية مؤكدة في مجال النطق بالعقوبة(2).

3- أما القول بأن النص لا يحقق تحديد العقوبة الملائمة لكل حالة، فقد انتبه إليه الفقه الحديث، فأقر مبدأ تفريد العقاب بحسب خطورة الجاني الإجرامية، وتطبيقا لذلك نصت التشريعات الجنائية الحديثة على حد أدنى وحد أقصى للعقوبة(3).

4- أما ما ذهب إليه هؤلاء من أن المبدأ يحمي الخارجين عن قواعد الأخلاق، فإن ما يرد عليه أن القانون لا يحتوي على كل القواعد الاجتماعية والأخلاقية(4).

والخلاصة أنه لا يعيب المبدأ ما وجه إليه من نقد فهو قائم على الاعتبارات على ضمانة التشريع ومرونة النص، وسيبقى المبدأ الضمانة الأكيدة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم أمام تحكم القضاة أو تعسف الحكام(5).

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يمكن الموازنة بين ما يقدمه تحديد نص التجريم من ضمانات، والقول بمنح السلطة التقديرية للقاضي في اختيار ما يراه مناسبا للأفراد وظروفهم، والوقت الراهن يعرف انتشار الجرائم المستحدثة وسرعة تطورها، فالبعض يرى أنه من الصعب تحديد نص التجريم لكل الجرائم، ومن ثم أخذ التشريع بمنح سلطة للقاضي تتجه...

المطلب الخامس: تطبيقات مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية.

عرفنا سابقا أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أو ما يعرف بمبدأ «لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص» فالشريعة تنص على الجرائم وكذا العقوبات المقررة لها، إلا أن تطبيق القاعدة يختلف حسب وصفها، فتطبيقها في جرائم الحدود يختلف عن تطبيقها في جرائم القصاص والدية وكذا يختلف عن تطبيقها في جرائم التعازير. وتظهر أهمية مبدأ الشرعية في كفالة

(1) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص:146.

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، القسم العام، ص:329.

(3) ينظر: علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، ص: 46.

(4) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص:41.

(5) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:84.

… وبينه … تطبيقه في … جرائم على … حسب تطورها.

الفرع الأول: أثر قاعدة الشرعية في جرائم الحدود.

والقاعدة القانونية «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» وفق جرائم الحدود تطبق القاعدة على جرائم الحدود السبع وهي: «الزنا، السرقة، الردة، القذف، الحرابة، البغي، الخمر»، وقبل التعرض لتطبيق القاعدة في جرائم الحدود لابد من تعريف الحد.

البند الأول: تعريف الحد.

الحد في اللغة: المنع، وفي الشرع: عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى[1].

البند الثاني: أثر القاعدة الشرعية في جريمة الزنا.

في النص على عقوبة الزنا في قوله تعالى: ﴿ وَلا تَقْرَبُوا الزِّنَى ﴾[2]. وقوله أيضا: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾[3].

وحد الزنا على ما يقرره الفقهاء إما مائة جلدة، وإما الرجم، ومن الآيات الدالة أيضا على الحد قوله تعالى: ﴿ وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً ﴾[4]. وقوله أيضا: ﴿ وَالَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنْكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّاباً رَحِيماً ﴾[5].

---

(1) علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، (بيروت : دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى 1424هـ، 2003) ص:68.

(2) القرآن الكريم، سورة الإسراء، 32.

(3) القرآن الكريم، سورة النور، 02.

(4) القرآن الكريم، سورة النساء، 15.

(5) القرآن الكريم : سورة النساء ، 16.

و[illegible] بالنسبة للنساء و [illegible] النص القرآني [illegible] فد [illegible] عقوبة [illegible] البيوت حتى يتوفاهن الموت. أما بالنسبة للرجل فقد وردت [illegible] بأنه بعد [illegible] يغرب سنة[1].

فقد روى أبو هريرة و زيد [illegible] أن «[illegible] [illegible] عليه [illegible] يا رسول [illegible] قضي [illegible] منه [illegible] بيننا [illegible] عليه [illegible] ابنه [illegible] عند [illegible] بامرأته [illegible] ابنه [illegible] بمائة شاة [illegible] الوليدة [illegible] ابنه جلد مائة [illegible] عليه [illegible] امرأة [illegible] بينهما [illegible] قضي [illegible] ابنك جلد مائة [illegible] الوليدة [illegible] امرأة [illegible] عليها [illegible] فإن [illegible]»[2].

والعقوبات السابقة [التغريب والجلد والمساك في البيوت] بالنسبة لغير [illegible]، أما عقوبة [illegible] الرجم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لو [illegible] بغير بينة [illegible]» [illegible] امرأة [illegible] (3) [illegible] عليه [illegible]: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت [illegible] الريبة [illegible] منها [illegible] عليها»[4].

«و[illegible] الوجب للرجم: [illegible] بالنكاح الصحيح [illegible] مسلم حر» و[illegible] لتكون العقوبة [illegible] صيانة [illegible] الزوجية[5].

---

(1) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه [illegible] "العقوبة"، (دار الفكر العربي) ص:96.

(2) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الشروط، باب الشروط [illegible] الحدود" رقم الحديث (12) 32/4.

(3) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، باب [illegible] صلى الله عليه وسلم "لو [illegible] بغير بينة" رقم الحديث (53)، 97/7.

(4) أخرجه: ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود "باب من أظهر الفاحشة" رقم الحديث(2559) ج855/2. و[illegible] كتاب [illegible] الزوائد: إسناده صحيح ورجاله ثقات. [illegible] الزوائد، ج855/2.

(5) ابن عرفة، الحدود، الجزء 640/2.

البند الثالث: أثر قاعدة الشرعية في جريمة السرقة.

الآية الدالة على تحديد جريمة السرقة وكذا العقوبة المقررة لها قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾[1] **وتعد السرقة في الشريعة الإسلامية القطع، وقد بين الفقهاء أحوال كثيرة لا قطع فيها كالاختلاس أو الانتهاب وأخذ المال من النفس كالوديعة والعارية لقصور في الحرز"[2]**

و تتمثل شروط الواجب توافرها لتطبيق حد القطع في السرقة و هي: أن يكون السرقة من حرز، و أن يكون المسروق مما لا يسرع إليه الفساد، وأن يكون المسروق نصابا، ومطالبة المسروق منه بماله، وانتفاء الشبهة، وكذا ثبوت السرقة بشهادة عدلين أو بإقرار مرتين[3].

البند الرابع : أثر قاعدة الشرعية في جريمة الردة.

تتمثل في الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة التي تحدد جريمة الردة وتبين عقوبة صاحبها، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾[4]**. وقوله أيضا** ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾[5]**.**

أما من السنة فقوله صلى الله عليه و سلم: «من بدل دينه فاقتلوه»[6]. وقوله أيضا: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»[1]

(1) القرآن الكريم: سورة المائدة، 38.

(2) أحمد فتحي بهنسي، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، (عالم الكتب القاهرة، الطبعة الأولى 1985) ص:186-187 .

(3) بكر بن عبد الله ، أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم "دراسة وموازنة" : (دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية) ص : 360-370 .

(4) القرآن الكريم، سورة آل عمران، 85.

(5) القرآن الكريم، سورة البقرة، 217.

(6)أخرجه : البخاري، الصحيح، كتاب الجهاد والسير ، "باب لا يعذب بعذاب الله"، رقم الحديث (317) فتح الباري 149/6.

فإن رأى الحد يعاقب بالقتل وهو عقوبة مناسبة لعظم الجريمة "........." وإن رأى أنه لا يقيم عليه الحد في الدنيا، أو أن يرجع أمره إلى الله تعالى، و أن يتوب فيغفر الله له، أو يعذبه في نار جهنم و حسابه عليه.[2]

البند الخامس: أثر قاعدة الشرعية في جريمة القذف.

جاءت العقوبة الشرعية المحددة في جريمة القذف في قوله تعالى: ﴿و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة، و لا تقبلوا لهم شهادة أبداً و أولئك هم الفاسقون﴾[3].

فعقوبة الرمي بالزنا مكونة من عقوبتين: عقوبة أصلية بدنية و هي الجلد، والثانية أدبية وهي أن لا تقبل له شهادة أبدا، لأن من استهان بالقول الاستهانة لا ينتظر منه أن يعلن حقا أو يقول صدقا.[4]

البند السادس: أثر قاعدة الشرعية في جريمة الحرابة.

إن جريمة الحرابة وكغيرها من جرائم الحدود، تقررت عقوبتها في آيات قرآنية ومنها قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[5]. فالعقوبة في جريمة الحرابة هي القتل، أو الصلب، أو القطع أو النفي.

البند السابع : أثر قاعدة الشرعية في جريمة البغي.

(1) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب باب قوله تعالى "إن الله لا يغفر أن يشرك به" الحديث رقم (17/16)، 7/9.

(2) ينظر عقيلة حسيني، الشبهات المسقطة للحدود أو "المؤثرة في المسؤولية الجنائية وأثرها في سقوط العقوبات المترتبة على جرائم الحدود"، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب الستة (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003) ص:35.

(3) القرآن الكريم ، سورة النور، 4.

(4) أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، ص:91.

(5) القرآن الكريم، سورة المائدة، 33.

أثر قاعدة الشرعية واضح في جريمة البغي، والعقوبات المقررة لها ثابتة وردت في آيات قرآنية ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[1]. وأحاديث نبوية منها قوله صلى الله عليه و سلم: «من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه»[2]. وقوله أيضا: «إنه ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جميع فاضربوه بالسيف كائنا من كان»[3]. حدد هذا النص مرتكب البغي طائفة باغية على طائفة، و جعل جزاء البغي القتال حتى يفيء الباغي و يرجع عن بغيه[4].

البند الثامن : أثر قاعدة الشرعية في جريمة الشرب.

إن العقوبة في جريمة الشرب هي الجلد، والآيات و الأحاديث الدالة عليها قوله تعالى: "إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"[5] وقوله عليه السلام: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام»[6] وقوله أيضا: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[7]

---

(1) القرآن الكريم، سورة الحجرات، 9.

(2) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإمارة، باب "حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع"، رقم الحديث (1852) 1480/3.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الإمارة، باب "حكم من فرق أمر المسلمين وهو مجتمع"، رقم الحديث (1852) 1479/3.

(4) ينظر عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 34.

(5) القرآن الكريم، سورة المائدة، 90.

(6) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المغازي، باب " بعث أبي موسى ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما إلى اليمن قبل حجة الوداع " رقم الحديث (342)، 323/5.

(7) أخرجه: أبي داوود، السنن، كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر" 321/2.

- الترمذي، السنن، كتاب الأشربة، باب " ما أسكر كثيره فقليله حرام" رقم الحديث (1865)، 258/4 وقال: وفي الباب عن سعد وعائشة وعبد الله بن عمر وابن عمر وخوات بن جبير، قال أبو عيسى، هذا حديث حسن غريب من حديث جابر
- النسائي، السنن، كتاب الأشربة، باب " تحريم كل شراب أسكر" 297/4.
- ابن ماجة، السنن، كتاب الأشربة، باب " ما أسكر كثيره فقليله حرام" رقم الحديث (3392) ،1124/2.

ǅȀȂ النǓو Ȋ ǿنص علǛ ا رȇة والعفوȄة، ǅقد ǙǀǸǓǟ ǞǞǐǟ ا سلȔ ا ǚǞǟ أǖǛ ا لد لقوا لهǸǩه عليه السǶǠ «ǆǔǛ شر ǟǾǠ امر ǍȲǏǼǇǅ» (1). و لكنهم اǹتلفوا Ǽ عدȃȄ ا لدات الǙ ǸǓب علǛ ǽȃǿارȃ اǟǤر علǛ عدȆ أقوال، أǽǿهرǟǤ قولان: أحدǝǖǧ أǖǛ اǪانون جلدȆ و اǾǖǟر أǖǛ أرȄعون(2).

ǅǓ ǺǼǟǠ أن مبدأ الǾǟرعية ǧǨǖǟ ǙǘǸǟ ǞȊǟ لكل Ȋ Ǽ ǞȃǾǖǟ يع جرائم ا دوȃȄ، ǅكل ا رائم منǓو Ȋ علǛ عقوȄتها حيث أن سلطات وǘǗ ǟǤمر ǅدوȄǚ ǞǾǖǟ تطبيȘ النص الǾǟرعǟȐ ولا ǿǖǟ الǑǖǟ اجتهاȃ.

الفرع الثاني: أثر قاعدة الشرعية في جرائم الدية و القصاص.

كان لقاعدȆ الǾǟرعية أǽر Ǽ جرائم القǝǘ Ȋ و الدية، ǅورȄǞ نǓو Ȋ ǽرعية، نǓǔ علǛ ا رائم اǗاصة ǅالقǝǘ Ȋ و الدية وكǸǟ العقوȄات ا الǩ ǞǾǖǟ.

ǽǏǟ البوص ي مصباǌ الزǍǏǍǐǟ "ǞǨǟ ǞǾǖǟ اد فيه زǯريا بن مǓور وǟǤو ضعيǅ" .مسند اǖمام

أǷد:2/2،2/91،167/179.وǍǐǟ نصب الراية 13/5وما بعدǟǤ "ǯتاب اǘǾرȃȄ"ǽǏǟ الترمǾي حديǒ حسن ǛريȲ من حديǒ ǍǏǟابر . وأǹرǍǏه بن حبان صǨǩǬǩǩه ،وداوود بن بكر بن أǚ الفرات اǘǾعǍǏǟ .ǽǏ بن معǟ : ǅقة وǽǏ أبو حاǶ : ǅȃ به ليȄ با ǅǜǖ ،وǽǏ ǟǤبعه موسى بن عقبة ،ǯما أǹرǍǏه بن حبان .

(1)أǹرǍǏه:أǚ داوود، السǯ،ǞǞتاب اǑدود، باب "ǞǾǟ ǚǟǤ ǟǠǟǞǟ ǟرب اǖمر"، 517/2.

- الترمǾي، السǞǞ، ǯتاب اǑدود، باب "ما ǍǏاء من ǟرب اǖمر فاǍǏلدوǽ، ومن عاد الرابعة فاǽǛتلوǽ"، رǛǽ اǑديǒ (1444)،39/4.

- ǽǏ أبو عيسى: حديǒ معاوية ǟǤكǾǟ روǽ الثوري أيǓǟ عن عاصǛ عن أǚ صاǟ عن معاوية عن اǟǟ صلى ا عليه وسǛ

- اǞǞسااǚ، السǯ،ǞǞتاب اǑد اǖمر، باب "فيمن ǞǾǟ ǚǟǤǟ ǟرب اǖمر".

- ابن ماǍǏة، السǯ،ǞǞتاب اǑدود، باب "من ǟرب اǖمر مرارǟ" رǛǽ اǑديǒ (2573) 859/2.

- مسند اǖمام أǷد 136/2، 191/2، 211/2 .

ǍǏاء نصب الراية 530/3، 531، ǯتاب اǑدود ، باب " حد الشرب "ǽǏ الترمǾي ǟǠǟ ǅǳ مد بن اǟعيǟ يقوǽ : حديǒ أǚ صاǟ عن معاوية أصǓ من حديǒ أǚ صاǟ عن أǚ ǟǤريرȃ، انتǟǤى ،رواǽ ابن حيان صǨǩǬǩǩه اǟǟǤوǾ التاسǞ والسبعǟ مǸن القسǛ اǟǤوǽ واǑǯǞǛ ا ستدرǯ وسكǟ ǠǟǤعنه، ǽǏ ǟǤاǠǟǟ اǾǟ اǟǤو ǽǟتصرǟ ǽǯǩǟǤ.

(2) ǅǳمد نعيǛ ياسǟ، الوǍǏيز الفقه اǑǟǟǤǟ اǖǞǟǤسǟǤ (مؤسسة اǖسراء، ǽǏسǽǟطيǟǟة) ص: 123 .

والجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص هي : القتل العمد، والجرح العمد والضرب العمد[1].

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفى عنه أو امتنع عن القصاص لسبب شرعي، كالقتل شبه العمد والقتل الخطأ، والجرح والضرب الخطأ[2]

البند الأول: أثر الشرعية في جرائم القتل العمد.

أصل هذه الجرائم والعقوبات آيات قرآنية وأحاديث نبوية، ومنها قوله تعالى : ﴿ وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾[1] وقوله

---

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:121.

(2) أحمد فتحي بهنسي، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص:30.

أيضاً:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (2).كما قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾(3).

أما السنة فأصل ا رعة قوله صلى ا! عليه و سلم : «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما أن يقاد»(4).

وأجمع الفقهاء على أن القتل العمد يوجب القصاص وفعل عقوبته الأصلية، إلا إذا عفا ولي القتيل على الدية، فتكون العقوبة الدية وهي مائة من الإبل"(5)

البند الثاني : أثر الشرعية في جريمة إتلاف الأطراف عمداً و الجرح العمد.

---

(1) القرآن الكريم، سورة الإسراء، 33.

(2) القرآن الكريم، سورة البقرة، 178.

(3) القرآن الكريم، سورة المائدة، 45.

(4)أخرجه:أبو داوود، السنن، كتاب الديات، باب "ولي العمد يرضى بالدية" 525/2.

- الترمذي، السنن،كتاب الديات، باب "ما جاء في حكم ولي القتيل في القصاص والعفو" رقم الحديث (1406)، 14،15/4 قال أبو عيسى "هذا حديث حسن صحيح، وحديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، ورواه شيبان أيضاً عن يحيى بن أبي كثير مثل هذا .... ".

-النسائي،السنن، القصاص من السلاطين، كتاب القسامة، "باب القود".

- ابن ماجه،السنن، كتاب الديات، باب "من قتل له قتيل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث" رقم الحديث (2624)،2/ 876 بلفظ "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفدى".

-مسند الإمام أحمد 6/2،386/238.

جاء في نصب الراية، 110/5 كتاب الجنايات باب " القصاص فيما دون النفس". قال الزيلعي : "الرواية "كذا". حديث "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين "أخرجه الأئمة الستة بألفاظ الرواية فيه على إثبات الفاء وهو صحيح، وليس فيه ما ذكره أن الدم حقه إلا أن يشاء أخذ الدية،وإن شاء قتل.

(5) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:122.

وعقوبات هذه الجرائم مقررة في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾(1)**. وقوله أيضا:** ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(2) **وقوله تعالى:** ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾(3) **فالنصوص السابقة تدل على أن الجرائم الخاصة بالاعتداء على النفس وما دونها عقوبتها القصاص والعقوبات الكاملة التي تحل محله.**

البند الثالث: أثر الشرعية في جريمة القتل شبه العمد.

قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾(4)**، والفرق الجوهري بين القتل العمد والقتل شبه العمد يظهر في الحكم، فالقتل العمد يوجب القصاص، بينما القتل شبه العمد لا يوجب القصاص وإنما يوجب الدية المغلظة والكفارة، والحرمان من الميراث والوصية(5).**

البند الرابع: أثر الشرعية في جريمة القتل الخطأ.

والعقوبات الخاصة بالقتل الخطأ عقوبات أصلية (الدية والكفارة) و عقوبات بدلية (التعزير والصيام) وعقوبات تبعية (الحرمان من الميراث والوصية)(6) والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ

---

(1) القرآن الكريم، سورة البقرة، 179.

(2) القرآن الكريم، سورة المائدة، 45.

(3) القرآن الكريم، سورة النحل، 126.

(4) القرآن الكريم، سورة البقرة، 194.

(5) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي (دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983) ص:218.

(6) عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي الإسلامي (المكتبة العصرية صيدا) ص:96.

بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيماً حَكِيماً﴾[1].

البند الخامس: أثر الشرعية في جرائم قطع الأطراف و الجراح خطأ.

الجراح حدد النبي صلى الله عليه و سلم عقوبة معينة لها، فجعل أرش الموضحة[2] خمسا من الإبل، و أرش الهاشمة[3] عشرا من الإبل وجعل في المأمومة[4] والدامغة ثلث الدية، وجعل في كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية[5].

و مما يتبين أن القرآن و السنة أحصيا العقوبات في جرائم الحدود و القصاص و الديات إحصاء دقيقا بحيث لا يسع القاضي أن يجتهد في النص بحيث يمكنه أن يزيد أو ينقص في العقوبة[6].

الفرع الثالث: أثر قاعدة الشرعية في جرائم التعزير[7].

والقاعدة العامة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» في جرائم التعازير.

والشريعة الإسلامية توسعت في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما، لأن القاعدة العامة وطبيعة التعازير تقتضيان هذا التوسع[8]. وربما جعل البعض يقول أن مبدأ شرعية العقوبة في العقوبة أهدر إلى حد ما في التعازير لأن القاضي يطبق ما يراه مناسبا من العقوبات على ما يراه مناسبا من الجرائم[9].

---

(1) القرآن الكريم، سورة النساء، 92.

(2) الموضحة: وهي التي توضح عن العظم. التعريفات (469/2).

(3) الهاشمة : وهي التي تهشم العظم، التعريفات (469/2).

(4) المأمومة (أو الآمومة) وهي التي تصل إلى أم الدماغ، التعريفات (470/2).

(5)القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي ، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني (مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة مكة المكرمة، 2002، ج2 ص: 469) 47.

(6)أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي "الجريمة" (دار الفكر العربي) ص: 178

(7)التعزير : هو تأديب دون الحد وأصله من العزر وهو المنع، الجرجاني، التعريفات، ص:49.

(8)يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي : ص:39.

(9)أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي (دار الشروق، الطبعة الثالثة1984)ص: 119.

والراجح أن القاعدة العامة تتوسع كثيرا في جرائم التعازير على حساب جرائم الحدود، ولعل ما يميز جرائم الحدود عن التعازير، و يساعد في تحديد الفروق الهامة بينهما من أوجه:

1- لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا يجوز للقاضي الخروج عنها عند توقيعها على الجاني، أما في التعازير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي في [illegible] للقتل وقد [illegible] في الجرائم الخطيرة(1).

2- لولي الأمر أن يقبل الشفاعة في التعازير، كما له أن يعفو عن مرتكب الجريمة إذا رأى في ذلك مصلحة، بينما في الحدود لا يقبل عفو و لا شفاعة(2).

3- التعزير يسقط بالتوبة(3). أما الحدود ففيها خلاف(4).

4- التعزير يراعي حال الجاني فيجوز إقالة ذوي الهيئات من عثراتهم، لقوله عليه السلام: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود»(5) بينما يستوون في الحدود مع جميع الناس(6).

البند الأول: أقسام التعازير.

تنقسم التعازير إلى ثلاثة أقسام هي:

أ- التعزير على المعاصي: وهو التعزير على أفعال حرمتها الشريعة لذاتها و يعتبر إتيانها معصية، والفعل في هذا القسم يكون محرما دائما و يعتبر معصية(7).

ب- التعزير للمصلحة العامة: تقتضي حاجة الشريعة الإسلامية أن يكون التعزير في غير جريمة أو معصية على أفعال ليست محرمة لذاتها و إنما تحرم لوصفها(8).

---

(1) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص :39.

(2) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، (دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983) ص:130.

(3) شهاب الدين القرافي، الفروق وهامشه القواعد السنية في الأسرار الفقهية لابن الشاط، تحقيق: عبد الحميد هنداوي (المكتبة العصرية، بيروت الطبعة الأولى 2002)، الفرق (246)، ج4، ص: 146.

(4) محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (ديوان المطبوعات الجامعية) ص:104.

(5) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الحدود، باب: "الحد يشفع فيه": 487/2.

(6) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي (منشورات ELGA، الطبعة الثالثة 2002) ص:56.

(7) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:128.

(8) أحمد [illegible]بة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص: 33-34.

ثالثا: التعزير على المخالفات: و الفعل في هذا القسم يكون مأمورا به ،أو منهيا عنه، و لكن إتيانه يعتبر مخالفة لا معصية[1].

البند الثاني: تطبيقات الشرعية في التعزير على المعاصي.

وسيتم التعرض إلى تطبيق قاعدة الشرعية في جميع أنواع المعاصي.

والتعزير يكون في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، سواء كانت المعصية اعتداء على حق الله أو على حق الأفراد[2]، والمعاصي هي إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات[3].

أولا: أنواع المعاصي: يقسم الفقهاء المعاصي إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: **ما فيه الحد و قد تجب فيه إلى جانب الحد الكفارة، و مثال ذلك القتل و السرقة و الزنا و غيرها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، والأصل في هذا النوع من المعاصي أن عقوبة الحد تكفي فيه عن التعزير لكن هناك ما يمنع أن تجتمع مع التعزير عقوبة الحد، إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة[4].**

النوع الثاني: **ما فيه الكفارة و لا حد فيه كالوطء في نهار رمضان و الوطء في الإحرام و الكفارة في أصلها نوع من العبادة، لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين[5].**

النوع الثالث: **ما لا كفارة فيه و لا حد كسرقة ما لا قطع فيه، وتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها، وهذا يسوغ فيه التعزير وجوبا عند الأكثرية وجوازا عند الشافعية[6] ويترتب على معرفة العقوبات الخاصة بأنواع المعاصي سواء كانت عقوبتها حدودا أو كفارات أو عقوبات التعازير التي نص عليها في القرآن والسنة.**

---

(1) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص:40.

(2) ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، (دار الكتاب العربي بيروت، 1983) ،ج10 ص:347.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج1،ص:128

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ج1 ص:130.

(5) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص:42.

(6) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو "الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية" تحقيق : محمد حامد الفقي (دار الكتب العلمية بيروت) ،ص:106-107.

البند الثالث: تطبيقات الشرعية في التعزير للمصلحة العامة.

فالقاعدة العامة في الشريعة أن التعزير لا يكون إلا في معصية، أي في فعل محرم لذاته منهي عنه لأنه معصية، ولكن الشريعة استثنت من هذه القاعدة وأجازت أن يكون التعزير في غير معصية، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك(1).

ويشترط في التعزير للمصلحة العامة أن يرتكب الجاني فعلا يمس النظام العام وأن يثبت في فعله مساس بالمصلحة العامة(2).

والمصلحة يجب أن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة، وتندرج تحت أصل من أصولها، وهي المصلحة التي تتسم بالانسجام والتكامل مع مقاصد الشريعة وأحكامها بحيث لا يفوت فيها أو يترتب عليها ولا يترتب على تحقيقها ضرر أو مفسدة(3).

وسنقتصر على ذكر بعض التطبيقات الشرعية في التعزير للمصلحة العامة والتي تبين المقصود من هذه القاعدة.

أولاً: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً اتهم بسرقة بعير، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى الرسول صلى الله عليه وسلم سبيله، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية، والرسول صلى الله عليه و سلم حبس الرجل لأنه متهم، أي أنه عاقبه على التهمة، وأساس العقاب هنا المصلحة العامة(4).

ثانياً: ما فعل عمر رضي الله عنه، فقد كان عمر يعس في المدينة فسمع امرأة تقول: هل من سبيل إلى خمر فأشربها، هل من سبيل إلى نصر بن حجاج.

فدعا عمر بنصر بن حجاج، فوجده شاباً حسن الوجه، فأمر بحلق رأسه فازداد جمالاً فنفاه إلى البصرة خشية أن يفتن النساء بجماله، مع أنه لم يرتكب محرما ووجه الاستدلال أن النفي عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده في المدينة يمس المصلحة العامة(5).

---

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص: 150.

(2) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 55.

(3) نور الدين الخادمي، المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها، (دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2000)، ص: 99.

(4) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 130 - 131.

(5) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 130 – 131.

ﻟﺘﻌﺘﺒﺮ الأﻓﻌﺎل ﻣﻦ ﻳﺸﻜﻮن ﻣﺎ ﻋﻠﻰ ﻳﺒﻬﻢ ﻭ، ﺍﻟﻄﻬﺎﺭﺓ ﻭ ﺍﻟﺼﻼﺓ ﺗﺮﻙ ﻋﻠﻰ ﺍﻟﺼﺒﻴﺎﻥ ﺗﺄﺩﻳﺐ: ﻣﺜﻼ ﺍﻟﺸﺮﻳﻌﺔ ﺟﺮﺍﺋﻢ، ﻣﻊ ﺃﻥ ﻫﺬﻩ ﺍﻷﻓﻌﺎﻝ ﻻ ﺗﻌﺘﺒﺮ ﺟﺮﺍﺋﻢ ﻓﻲ ﺣﻖ ﺍﻟﺼﺒﻴﺎﻥ ﻷﻧﻬﻢ ﻟﻴﺴﻮﺍ ﺃﻫﻼ ﻟﻠﺘﻜﻠﻴﻒ[1].

البند الرابع: تطبيقات الشرعية في التعزير على المخالفات.

ﻓﻘﺪ ﻳﻜﻮﻥ ﺍﻟﺘﻌﺰﻳﺮ ﻋﻠﻰ ﺍﻟﻤﺨﺎﻟﻔﺎﺕ، ﻭﻳﻔﺴﺮ ﺍﻟﺒﻌﺾ ﺍﻵﺭﺍﺀ ﺍﻟﻔﻘﻬﻴﺔ ﻓﻲ ﺃﻥ ﺍﻟﻤﺨﺎﻟﻒ ﻳﻌﺎﻗﺐ ﻻﻋﺘﺒﺎﺭﻩ ﻋﺎﺻﻴﺎ، ﻭﻟﻜﻦ ﻻﻋﺘﺒﺎﺭﻩ ﻣﺨﺎﻟﻔﺎ ﺃﻱ ﺗﺎﺭﻛﺎ ﻟﻤﻨﺪﻭﺏ ﺃﻭ ﺁﺗﻴﺎ ﻟﻤﻜﺮﻭﻩ[2] ﻭﺍﻟﺬﻳﻦ ﻳﻘﻮﻟﻮﻥ ﺑﺎﻟﻌﻘﺎﺏ ﻳﺸﺘﺮﻃﻮﻥ ﺃﻥ ﻳﺘﻜﺮﺭ ﺇﺗﻴﺎﻥ ﺍﻟﻤﻜﺮﻭﻩ ﻭ ﺗﺮﻙ ﺍﻟﻤﻨﺪﻭﺏ ﺣﺘﻰ ﻳﻤﻜﻦ ﺍﻟﻌﻘﺎﺏ، ﻓﺎﻟﻌﻘﺎﺏ ﻋﻨﺪﻫﻢ ﻟﻴﺲ ﻋﻠﻰ ﺍﻹﺗﻴﺎﻥ ﺃﻭ ﺍﻟﺘﺮﻙ ﺫﺍﺗﻪ، ﻭ ﺇﻧﻤﺎ ﻋﻠﻰ ﺍﻋﺘﻴﺎﺩ ﺇﺗﻴﺎﻥ ﺍﻟﻤﻜﺮﻭﻩ ﻭ ﺗﺮﻙ ﺍﻟﻤﻨﺪﻭﺏ[3].

البند الخامس: سلطة ولي الأمر في تقدير عقوبة التعازير.

ﻟﺴﻠﻄﺎﺕ ﺍﻟﻘﺎﺿﻲ ﺃﻭ ﻭﻟﻲ ﺍﻷﻣﺮ ﻓﻲ ﺗﻘﺪﻳﺮ ﺍﻟﻌﻘﻮﺑﺎﺕ ﻓﻲ ﺟﺮﺍﺋﻢ ﺍﻟﺘﻌﺎﺯﻳﺮ ﺳﻠﻄﺎﺕ ﻭﺍﺳﻌﺔ، ﻟﻜﻨﻬﺎ ﻣﺤﺪﻭﺩﺓ ﺑﺎﻟﻀﻮﺍﺑﻂ ﺍﻟﺘﻲ ﺗﺆﻛﺪ ﺗﻄﺒﻴﻖ ﻣﺒﺪﺃ ﺍﻟﺸﺮﻋﻴﺔ ﻓﻲ ﺟﺮﺍﺋﻢ ﺍﻟﺘﻌﺎﺯﻳﺮ، ﻭ ﻫﺬﻩ ﺍﻟﻀﻮﺍﺑﻂ ﻫﻲ:

أ- ﺃﻥ ﺍﻟﻘﺎﺿﻲ ﻻ ﻳﺤﻖ ﻟﻪ ﺃﻥ ﻳﻌﺎﻗﺐ ﻋﻠﻰ ﻓﻌﻞ ﻟﻢ ﺗﺤﺮﻣﻪ ﺍﻟﺸﺮﻳﻌﺔ ﺃﻭ ﻳﻌﺎﻗﺐ ﺑﻐﻴﺮ ﺍﻟﻌﻘﻮﺑﺎﺕ ﺍﻟﻤﻘﺪﺭﺓ ﻟﻠﺘﻌﺰﻳﺮ ﻭﻻ ﺃﻥ ﻳﺨﺮﺝ ﻋﻠﻰ ﺣﺪﻭﺩﻫﺎ[4].

ب- ﺃﻥ ﻳﻜﻮﻥ ﻫﻨﺎﻙ ﺗﻨﺎﺳﺐ ﺑﻴﻦ ﺍﻟﻌﻘﻮﺑﺔ ﻭﺍﻟﺠﺮﻳﻤﺔ، ﻓﻼ ﻳﺴﺮﻑ ﻓﻲ ﻋﻘﺎﺏ ﻭﻻ ﻳﺴﺘﻬﺎﻥ ﺑﺎﻟﺠﺮﻳﻤﺔ، ﻭﻻ ﻳﺘﺮﺗﺐ ﻋﻠﻰ ﺍﻟﻌﻘﻮﺑﺔ ﺿﺮﺭﺍ ﻣﺆﻛﺪﺍ ﺃﻭ ﻣﺴﺎﻭﻳﺎ ﺃﻭ ﺃﻛﺜﺮ ﺗﻜﺎﻓﺆﺍ ﻣﻊ ﺍﻟﻀﺮﺭ ﺍﻟﻨﺎﺗﺞ ﻋﻦ ﺍﻟﺠﺮﻳﻤﺔ ﻧﻔﺴﻬﺎ[5].

ج- ﺃﻧﻪ ﻓﻲ ﺍﻟﺘﻌﺰﻳﺮ ﻻ ﻳﺒﻠﻎ ﺑﻜﻞ ﺫﻧﺐ ﺣﺪ ﺟﻨﺴﻪ ﻭ ﻟﻜﻦ ﻻ ﻳﺰﻳﺪ ﻋﻠﻰ ﺣﺪ ﺟﻨﺴﻪ، ﻓﻼ ﻳﺒﻠﻎ ﺑﺎﻟﺴﺎﺭﻗﺔ ﻣﻦ ﻏﻴﺮ ﺣﺮﺯ ﻗﻄﻊ ﺍﻟﻴﺪ، ﻭﻟﻜﻦ ﺗﺮﺍﻋﻰ ﺃﻛﺜﺮ ﻣﻦ ﺣﺪ ﺍﻟﻘﺎﺫﻑ، ﻭﻻ ﻳﺒﻠﻎ ﺑﻤﻦ ﻓﻌﻞ ﻣﺎ ﺩﻭﻥ ﺍﻟﺰﻧﺎ، ﺣﺪ ﺍﻟﺰﺍﻧﻲ ﻭﻟﻜﻦ ﻳﺰﻳﺪ ﻋﻠﻰ ﺣﺪ ﺍﻟﻘﺎﺫﻑ[1].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (دار الكتاب العربي بيروت الطبعة الثانية، 1986) ج7 ،ص:64.

(2) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:133.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2 ص:156.

(4) أحمد عبد الله، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص : 33.

(5) عثمان عبد الملك الصالح، "حق الأمن الفردي من الإسلام دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، (مجلة الحقوق ، العدد الثالث، السنة السابعة، سبتمبر 1983 جامعة الكويت)ص:47.

ǖ- ǅن وǅ اǁمر مقيد ǃالنظر للجاني في العقاب و لا ǆعل لǀوا ǁمسيطرا عليه، و لا ǆعل العǇ لǀو اǇǅي يسوǇ للبيث ǅكون اǁمة كلها ǆ مǇقة[2].

البند السادس: مقدار التعزير.

ǆǀǀǆ الفقهاǇ ǆ مقدار التعزير علǅ أقوال:

القول الأول : **أن التعزير يكون بالسبب لǅǀǀǆ اǀ و علǅ قدر الجرǇة، ǆيǇتهد ǆيه وǅ اǁمر**[3].

القول الثاني: **أنه لا يبلǆ ǃالتعزير أقǅ الحدود ǅما أرǃعين و ǅما ǆǀǀين**[4].

القول الثالث: **وǀو عند اǇǅǆǀ أǃǅد، لا يبلǆ ǃه ǅǀǀ أسواǃ و ǆ رواية لا يبلǆ ǆ كل جناية الحد اǇروǃ**[5].

القول الرابع: **أنه لا يبلǆ ǆ التعزير ǆ معǅية قدر الحد ǆيها، ǅǇ يبلǃ ǆالتعزير علǅ النǇر وا باǇǅرǃ حد الǇǅǃ، ولا حد السرقة مǇǅ حرǇة حد القطع ولا علǅ اǀǇتم ǃدون قǇǅ حد القǇǅ**[6].

واǇǅي ǃǆǇǅ ǆ ǆيدǇǅ ǆ اǇǀǅ ǆǇǃ أن لوǅ اǁمر مطلǇ الحرية ǆ ǆديد العقوǃة اǅǅǇǀǀ لǃǀǅ عند جرائم التعازير، ǃǅǀ عدǅ ǀروجه عǇǅ الǅǀǅǇǀ اǅǀرر ساǃقا.

البند السابع: جواǅ التعزير ǃالقتل.

قولان احدǀما ǆيǅ التعزير ǃالقتل ǆ حالة الجرائم الǀطيرة، والقول الǀǀǆǇǅ ǅنع ǅǀǇǀ.

القول الأول: **حكǅ عǅ مالǀ أن مǅ الجرائم ما يبلǆ ǃه القتل وواǆقه ǃعǅ أصحاǅ أǃǅد، ǆ مǅǀ الجاسوس اǅسلم، اǀǇ ǅǃǀ العدو علǅ اǅسلمين ، ǆǀǀ أǃǅد يتوقǆ ǆ قتله، وجوǅ مالǀ وǃعǅ الحناǃلة كاǃǅ عقيل قتله، ومنعه أǃو حنيفة والشاǆعي وǃعǅ الحناǃلة كالقاǅǀ أǃǅ يعلǅ**[7].

(1) ǇǅǀǇ الدين ابن تيمية، السياسة الشرعية ǆ إصلاح الراعي والرعية (مصر الكتب، الرǇيدي) ص:110.

(2) أبو زهرة، الجريمة ǆ الفقه الإسلامي، ص :115.

(3) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية ǆ السياسة الشرعية، ص:107.

(4) أǃǅد ǆتحي ǃهنسي، العقوبة ǆ الفقه الإسلامي، ص:136.

(5) رويعي بن راجح الرحيلي، فقه عمر بن الخطاب ،"موازنا بفقه أشهر المجتهدين" الجزء الأول ǆ الحدود و الجنايات" (دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1403هـ) ص:354.

(6) بكر عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، ص: 429.

(7) ابن تيمية، السياسة الشرعية ǆ إصلاح الراعي والرعية، ص:111.

القول الثاني: **وهو رأي أبي حنيفة حيث لا يرى أن يصل التعزير إلى عقوبة القتل[1] والقتل عقوبة قاسية وتهديد واضح للحياة لذا يجب التروي والتفكير قبل اتخاذ القرار بتوقيعها ولاسيما في جرائم التعازير والقاضي في حالة الجرائم الخطيرة يمكنه أن يختار العقوبات التهديدية كالنفي والتغريب والحبس والجلد ولا يلجأ إلى القتل إلا إذا كان القتل يكون نافعاً أي لا بد أن يراعي القاضي حال المجرم وحال الجريمة والظروف المحيطة به ...... إلخ.**

البند الثامن: تقنين التعزير.

من المعلوم أن التعزير في الشريعة الإسلامية على خلاف الحدود والقصاص من التشريعات المرنة، وهو مرن يسمح للقاضي بتقدير عقوبات معينة على جرائم معينة وهو يملك سلطات واسعة. إلا أن هناك من يطالب بضرورة تقنين التعزير وقد قال "عثمان عبد الملك الصالح" حيث يرى «ضرورة تقنين التعزير وتعيين العقوبات لكل جريمة مقدماً، وجعل تطبيقها وجوبياً على القاضي، على أن يراعي في ذلك إعطاء الحرية للقاضي لتساعده على أداء مهمته بسهولة ويسر»[2].

ويرى عبد القادر عودة «أنه ليس في الشريعة ما يمنع أو يحرم من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أو حرمها أولوا الأمر عقوبة معينة يلزم القاضي بتوقيعها إذا ثبتت الجريمة، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداهما»[3].

وقد أسس عبد الملك الصالح رأيه في ضرورة تقنين التعزير على أسس منها:

أن الشريعة الإسلامية لا تمانع التقنين، كما أكد ذلك عبد القادر عودة، كما أنه في الوقت الحاضر نفتقد وجود القضاة الذين يتمتعون بالشروط الخاصة بالاجتهاد والعدل، والعفة، والمروءة، والأمانة وبالتالي لا يؤتمنون على إعطاء رأيهم في التعزير، وأنه يجب أن يعلم الناس ما لهم وما عليهم فالحاجة تدعو إلى التقنين لأنه يساعد القضاة[4].

---

(1) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص: 136.

(2) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص:50.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:249.

(4) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 50-51.

- *مناقشة القول بتقنين التعزير:* إن كان التقنين الشامل للتعازير سيساعد على تطبيق القاعدة العامة للشريعة الإسلامية وهي «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» وجعل العقوبات والجرائم محددة، كما في جرائم الحدود والقصاص والدية، كما سيسهل عملية الرجوع إلى أحكام الشريعة حيث تكون أحكام المسائل مبوبة ومرتبة والقضايا محددة ومقيدة، إلا أننا لا يجب أن نهمل حكمة التشريع من جعل جرائم التعازير وعقوباتها غير محددة، وهي الحكمة المتمثلة في تفريد الجزاء العقابي والذي توصل له القانون الوضعي حديثا، والذي يرمي إلى أن يترك للقاضي السلطة في تحديد العقوبة ونوعها مراعيا الظروف الخاصة بمرتكب الجريمة و كذلك ظروف الجريمة و حالته النفسية في تحديد نوعها .

وإن القاعدة العامة تظهر في مرونة تطبيق قاعدة الشرعية في جرائم التعازير، أما القول بعدم تقبل القضاة وصلاحيتهم، فذلك يمكن اجتنابه بتعيين القضاة في التصدي والرجوع إلى الشروط السابقة الذكر لتعيينهم عليهم، وهذا لضمان سير العدالة وكل حكم أصدره القاضي إن كان جائرا، سواء تعلق الأمر بجرائم التعازير أو حتى جرائم الحدود والقصاص المحددة شرعا، يمكن وجود القاضي المتهم الأمر الذي يخالف العدل، والواقع لا يقاس عليه دائما، أما القضاة الذين يتمتعون بالنزاهة والكفاءة، وأن المحددة الجرائم و المنتمين للشرائع كله يدعوا إلى عدم القول بتقنين التعازير وجعله محددا كل من تهمهم مبادئ المنتمين لمبادئهم وأهدافهم، وتحقيقا لعقوبات جامدة، تطبيق على كل المتهمين ومبادئهم ومصالحهم، وفي الأمر أن نقرر أن الحكم في التعازير الشريعة الإسلامية يرجع إلى نوعه فهو وإن كان يمكن أن يخول الأمر السلطة في تحديد الجريمة وتقدير عقوبتها، إلا أنه لا يمكنه السلطة المطلقة بل يقيده القضاء الإسلامي العقوبة وأحكام الجرائم المنصوص لكل نوع، بعد تحديد الشرع نوع التعازير ومقدار العقوبة والنص على ضرورة تناسب العقوبة مع الجريمة، في الدعوى إلى الاحتكام إلى القرآن الكريم والسنة النبوية وتحديد الجريمة وعقوبتها دون ظلم أو تعسف.

ولا يمكن أن تعاقب ما لا يرضاه الله «وكل نفس بما كسبت رهينة» بالنسبة للناس، فلو انعقدت الكلمة على تحديد عقوبات على الجرائم كالحدود، وفي ذلك حرج شديد، ولكن حكمة الشارع اقتضت أن يترك الأمر لكل حالة على حدة بما يناسب من العقاب لا

يناسب حالة، وهو ما وصل إليه الفقه الغربي بعد تطور طويل و هو ما يعرف بتفريد العقاب»[1].

المطلب السادس: نتائج مبدأ الشرعية.

يترتب على مبدأ الشرعية نتائج هامة أهمها:

الفرع الأول: اعتبار التشريع المصدر الوحيد في مجال التجريم والعقاب.

يقتضي مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص القانون، اعتبار القانون وحده مصدر الجرائم والعقوبات ويقصد بنص القانون النص التشريعي المكتوب الذي يقرر قواعد عامة مجردة ويستبعد بالتالي كل ما عدا القانون المكتوب[2]. ولا مجال للعرف ولا القانون الطبيعي أو قواعد العدالة في مجال التجريم والعقاب، كما لا يمكن العقاب على سلوك مهما بدا منافياً لقواعد الدين أو الأخلاق أو العادات والقيم لدى الجماعة[3]، على انه للعرف دور في مجال تحديد مضمون القاعدة الجنائية أو نطاق تطبيقها، كما هو الشأن في النصوص الجنائية التي تجرم ألفاظاً مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويتوقف تحديد مدلولها وما يندرج منها تحت صور السلوك على العرف الجاري به العمل[4].

والتشريع يكون على صور ثلاث[5]:

1- **أساسي أو دستوري: و يتمثل في الدستور الصادر عن سلطة تأسيسية.**
2- **عادي : صادر عن السلطة التشريعية كقاعدة عامة بوصفها سلطة التشريع الأصلية، أو صادر عن السلطة التنفيذية أحياناً.**
3- **تشريع فرعي أو لائحي صادر عن السلطة التنفيذية ويتمثل في لوائح التنفيذ والتنظيم والضبط.**

---

(1) أحمد فتحي سرور، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، (دار الشروق، الطبعة الثالثة 1984)، ص:121 .

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:348.

(3) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات ، ص:166.

(4) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص :53.

(5) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص : 168.

الفرع الثاني: تفسير قانون العقوبات.

والتفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده المشرع من عبارة النص وجعله صالحا للتطبيق، وبعبارة أخرى هو تحديد أمر المشرع الوارد في ألفاظ النص التشريعي(1). وقد انقسم الفقه حول مشكلة تفسير النصوص الجنائية على وجه التحديد، فهناك قائل بوجوب تفسير ضيق وخضوعه لقواعد التفسير وارتباطه بالشرعية عموما وأنه ليس صحيحا ما يقال أن تفسيرا واسعا وآخر ضيقا لأن التفسير واحد من التزامنا أصوله و قيوده. و هناك من يرى بضرورة الأخذ بالاتجاه الاستثنائي على أن يكون التفسير ضيقا و يستبعد كليا التفسير الموسع(2) وأن التفسير عند البعض ليس إلا البحث عن قصد المشرع حالة غموض النص سواء كان هذا القصد قد ورد في إرادة المشرع المفترضة، أو في إرادة القانون ذاته(3).

البند الأول: أنواع التفسير.

التفسير هو معرفة مراد المشرع و ينقسم أنواعا بالنسبة لمصدره و هي:

النوع الأول: **التفسير التشريعي: يكون التفسير التشريعي بوضع المشرع نصا جديدا لتوضيح المعنى الغامض من نص سابق ينبغي أن لا يتضمن حكما جديدا يتعارض مع أحكام النص السابق والنص الجديد يكون متمما للنص السابق(4).**

النوع الثاني: **التفسير القضائي: وهو الذي تقوم به المحاكم ، وله قوة إلزام نسبية تقتصر على الحالة التي صدر فيها، وبالتالي لا يلزم المحكمة التي أصدرته في القضايا التالية كما لا يلزم المحاكم الدنيا باتباعه حتى ولو كان صادرا من المحكمة العليا(5).**

النوع الثالث: **التفسير الفقهي: ويصدر عن شراح القانون وفقهائه وهو غير ملزم وإن كان القضاء يستعين به عند تطبيق القانون كما يأخذه المشرع في الاعتبار عند تكملة النصوص(6).**

---

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام – الجريمة)، ص:42.

(2) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:357.

(3) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص:175.

(4) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص:88.

(5) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 55.

(6) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام" نظرية الجريمة- المسؤولية الجنائية"، ص:88.

أما تبعا لوسيلة التفسير فهناك التفسير بأسلوب لغوي وكذا التفسير بأسلوب منطقي، وتعرف معاني الكلمات أول ما يبدأ به المفسر، ذلك أن لكل لفظ مدلول لغوي والوصول إلى المدلول اللغوي هو ما يقصد به التفسير(1).

- وإذا تعذر على المفسر التوصل بالأسلوب اللغوي إلى المعنى الذي يقصده المشرع يلجأ إلى الأسلوب المنطقي، وذلك بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للنص والمناقشات التي جرت حوله ومقارنته بالنصوص الأخرى أو بالتشريعات الأجنبية وفي التشريعات الدول الأخرى(2).

- وينقسم التفسير أيضا على أساس نتائجه أو مداه إلى تفسير كاشف أو مقرر، وتفسير مضيق وتفسير موسع، وتفسير بطريق القياس(3).

البند الثاني: حالات تفسير النصوص.

يلجأ القاضي إلى تفسير النصوص التجريمية والعقابية لأجل مواجهة أحد أمرين:

أولا: حالة غموض النص: و يكون النص غامضا أي مبهما إذا كان أحد ألفاظه أو بعض عباراته تحتمل التأويل، فإن كان له أكثر من معنى، بحيث يتعين على القاضي وهو يفسر النص قصد تطبيقه أن يختار أيا من معانيه الذي يراه أقرب إلى قصد المشرع(4) ويستعين بأسلوب التفسير اللغوي والمنطقي ويستعين في سبيل ذلك بالبحث في تاريخ النص ويراجع الأعمال التحضيرية التي صاحبت نشأته كالمذكرات التفسيرية والمناقشات البرلمانية أو المناقشات العامة وتقارير اللجان الفنية التي عهد إليها بوضع النص(5).

---

(1) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام، الجريمة)، ص:43.

(2) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص:90.

(3) عبد القادر عدو، قانون العقوبات القسم العام " نظرية الجريمة - المسؤولية الجنائية". ص:89.

(4) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية "الوجيز في نظرية القانون"، (دار هومة طبعة2004)، ص:301.

(5) أنظر: عبد القادر عدو، قانون العقوبات القسم العام، ص:47.

ثانيا: حالة وضوح النص: والنص الواضح الدلالة هو النص الذي يدل على المعنى المراد منه بمجرد قراءة العبارات التي وردت فيه، ودون حاجة للاستعانة بعناصر خارجية عنه، ويقتصر دور المفسر على تطبيقه آليا دون حاجة لاجتهاد من جانبه(1).

- ويرى جانب من الفقه أن القاعدة العامة أن تفسير النصوص الجنائية يكون بالوقت الذي كانت فيه الوقائع التي حدثت فيه، غير أنه يجب وقت صدور القانون وتطبيقه كل ما يطرأ من تغيرات على القيم الاجتماعية، والتي قد تصدر تشريعات جديدة قد يكون لها أثر على تفسير النصوص الجنائية(2).

الفرع الثالث : حظر القياس.

تقتصر مهمة القاضي في تطبيق القانون، لا خلق الجرائم، ولهذا لا يجوز أن يقرر القاضي عقوبة لفعل لم يرد نص بتجريمه، قياسا على فعل ورد نص بتجريمه وتقرير عقوبة له(3). كما يمتنع على القاضي أن يفسر النص الجنائي بما يتسع له أكثر مما يحتمل، أو يتجاوز حدود المعاني القانونية المحمية بواسطة التجريم والعقاب(4).

والتفسير بطريقة القياس في مجال التجريم والعقاب يعد ماسا بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وتطبيقا لذلك يحظر على القاضي أن يقيس جريمة استعمال مال الغير المنقول دون رضاه والكون جريمة السرقة، على فعل الاستيلاء على منفعة، وأن يعتبر من استولى على منفعة شيء مملوك للغير دون وجه حق، سارقا(5).

أما إذا كان النص يقرر سببا للإباحة أو لامتناع المسؤولية أو لامتناع العقاب فيجوز التوسع فيه بالقياس، إذ ليس من شأن القياس على النصوص أن يخلق جرائم أو عقوبات بغير نص(6).

---

(1) محمد أحمد حسن بوادي، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري (ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة2002)، ص:184.

(2) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام " نظرية الجريمة- المسؤولية الجنائية"، ص:99.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص85.

(4) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:360.

(5) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص:60.

(6) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات (القسم العام – الجريمة)، ص46.

الفرع الرابع: قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم.

وتثار المسألة في حالة ما إذا كان نص التجريم غامضا وجعل أمر تفسيره يبدو مستحيلا، وأدى إلى تأويله إلى وجود معان متعددة متساوية القيمة في نظر القاضي، منها ما هو في مصلحة المتهم ومنها ما هو في غير صالحه، فيختار القاضي الأصلح[1].

وتطبيقا على ذلك فرق البعض بين أن القاعدة السابقة ليست إلا أية تطبيق للقواعد الإجرائية الموضوعية وهي القواعد الخاصة بإثبات الجنائي، والتي تثار حول إسناد التهمة إلى المتهم كان الشك لصالحه ذكرها⁽²⁾. ويرى البعض أن قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم أنه يمكن تطبيق هذا المبدأ على النص المستحيل تفسيره وعدم تطبيقه لترجيح مصلحة المتهم[3] ويترتب على تطبيق مبدأ الشك يفسر لصالح المتهم والقول بأن الشك معناه أن وجود الشك في ثبوت التهمة ومسؤولية المتهم عنها وفي عدم ثبوتها، ويكون الحكم فوق الشك لصالح المتهم، أمام المحاكم المدنية[4].

وبعد استعراض تطبيق مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لابد من التأكيد على أن الشريعة الإسلامية سبقت القانون في التأصيل لهذا المبدأ في تطبيقه، وذلك على أساس أنه في العقاب كان التدرج في الجرائم، حسب تطور المبدأ لتطبيق سليم منهج الشريعة والعقاب سبيل للمرونة أحيانا وتشريعا للتحديد أحيانا أخرى، حيث كان النص دقيقا وواضحا في جرائم الحدود والقصاص والدية بالنص أيضا ورد مبينا لأحكامية توقيع العقوبة بالنص الشرعي، أما في جرائم القصاص والدية والتعزير فالجرائم التي يعاقب عليها بالقصاص، والجرائم التي يعاقب عليها بالدية، وبالتالي ليس هناك أي سلطة للقاضي في توقيع العقوبة.

أما في جرائم التعازير فالشريعة الإسلامية سلكت طريقا آخر في تطبيق مبدأ الشرعية وعدم الخروج عليه، وفي تقرير العقوبة القاضي سلطات توقيع العقاب الملائم للفرد المناسب

---

(1) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:86.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص :47 .

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:86.

(4) عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه "النظرية والتطبيق" (منشأة المعارف بالإسكندرية 1996)،ص:33.

1996)،ص:33.

عند شروط معينة .مع اقترانها بالشروط الواجب توافرها في الفاعل لتوقيع العقاب التعزير وتحليلها في ضوء اقترانها لتناسب العقوبة مع الجريمة.

في مبدأ الشرعية في القانون الوضعي لا يعد تطبيقه من خلال قوالب على شكل مواد قانونية لها عقوبات محددة في عقوبة على كل جريمة أنواعها وشروط مرتكبيها، ولو مرونة في التطبيق عند مسايرة الجرائم المستحدثة، ولو فيقة لا تعد للمقارنة مع الشرعية التي أساسها الفقه وأصول الفقه وآيات القرآن الرسل في أساسها قانونية قابلة للتغيير والتطوير حسب أحوال واضعيها!

المبحث الثاني: مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية.

إن مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية قاعدة عامة أقرتها الشرائع في مجال الحق الفردي وهو امتداد لتطبيق مبدأ الشرعية، في مجال الحق لا يتحمل إلا ما قام به السلطات العامة بمساءلة الفرد عن أفعال لم يرتكبها.

إن المساواة في مجال الحق الفردي نسب الأفعال لمرتكبيها، أو بمعنى آخر عدم القول بتحميل المجرم الأسرة أو العائلة مدينهم الشخصية، فالمشرع لا يكلف نفسا بتبعات أعمال لم يرتكبها. ومساءلة الشخص عن أفعال لم يمارسها أو جرائم لم يشارك فيها، فيه اعتداء على حق الإنسان في الفردي ومن هنا جاء مبدأ الشخصية كأحد الضمانات في مجال الحق. ويعتبر مبدأ الشخصية المسؤولية الجنائية من المبادئ الأصيلة في التشريع الإسلامي لا تزر وازرة، فالحديث يكون في تقرير هذا المبدأ القول من أنه مهم من وجه حق، الإنسان عند تقرير لا بد أن يعاقب على أفعال لا ارتكبها.

المطلب الأول: أساس شخصية المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

قرر الإسلام أن المسؤولية الجنائية لا يتحملها إلا الجاني، أي أن العقاب في الإسلام أمر شخصي لا يتحمله إلا الجاني نفسه، يتحمل مسؤولية الجناية إلا الجاني[1].

والمسؤولية هي «أن يتحمل الإنسان نتائج أفعاله المحرمة التي يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها»[1]. «وهذا الأصل أحدث في الإسلام انقلابا خطيرا في النظام الذي كان سائدا عند العرب وهو مسؤولية القبيلة عن جناية الواحد منها والتكافل في المسؤولية عن الجراحات والديات»[2].

---

(1) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة "(دار الفكر ،دمشق،الطبعة الثانية ،2003) ص:288.

- ومبدأ ÔÁÌية ا سئولية ا نائية مبدأ منطقƟ سليم يتƊوāم مع الفطرƥ ا نسانية، والعقل اÔƯƨƊ ويتƔǇǓ مع أحدƚ ا دنيات اƪ وجد Ž ƋƯƈ ا يا[3].

وńƬƷ مبدأ ÔÁÌية ا سئولية Ž وƋƱ اƪƬƯ ا ƨƶƪƯ وعدƤ معاƥƯƈم ƔǍ ƣƯƈ السلطات، ƧƜƍƬƷ الƾريعة اƨسƔمية أقرت ا بدأ وأصلƘ له مƍ ƥÔو Î القرآن وƪƬƯ مƍ السƤنة النبوية.

الفرع الأول: أصل المبدأ في القرآن الكريم.

قƘرر مبدأ اƪÎÔÁية Ž آيات عدƥ مƍ القرآن الكر ومنها:

1- قوله ƘƬƷ: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾[4] ƧƬƯ ƦƔ ا نسان ƪا ما سعى، ƪƯƈ أن ا عƶ وجل يتƑل عليه Â ƬƯƍƳ عنه ƥƯƈ ƤƱ، ƦƔ ƸƙƯ له ƦƔ ƔƫƍƬ ƪا ƦƔ له[5].

2- قوله ƘƬƷ:﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[6] قال اƍƋ عباā كانوا قبل ƪƍƮراƢيم عليه السƔǇ ياƤƔƤون الرجل بƤنب ƤƯ، ويƤƔƤون الوƥƯ بالوƥ Ž القتل وا راحة، ƤƯقتل الرجل بƈبيه وابنه وأƪيه وعمه وƋاله واƍƋ عمه وقريبه وƤوجته وƤوجها وعبدƥ فبلغهم ƪƍراƢيم عليه السƔǇ عƍ ا ƘƬƷ[7]﴿أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[8]

3- قوله ƘƬƷ: ﴿وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ

---

(1) عبد القادر عودƥ، التشريƳ اƦƔƨمƟ مقارنا بالقانوƱ الوضعƟ، ج1، ص:392.

(2) Ʒمود ƪƯتوت، اƨسƔم عقيدƥ وƾريعة (دار الشروā، الطبعة اƣادية عشر،1983م ب وت) ،ص:315.

(3) وƬبة الزحيƪƯ، نƷرية الƋمان أو أحكام ا سوƦلية ا دنية واƦƔƤية الفقه اƨسƔمƟ ، ص:289.

(4) القرƕن الكرƇ، سورƥ الƴƴم، 39.

(5) القرط ، اƪامƳ ƭحكام القرƕن، ج17، ص:114.

(6) القرƕن الكرƇ، سورƥ الƴƴم، اƕية :38.

(7) القرط ، اƪامƳ ƭحكام القرƕن، ج17، ص:112.

(8) القرƕن الكرƇ، سورƥ الƴƴم، 38.

بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ (1). وقوله ﴿ وَلا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا ﴾ أي لا يؤخذ بما أتت من معصية و ركبته من الخطيئة سواها(2).

وقوله ﴿ أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ أي لا تحمل حاملة ثقل أخرى، أي لا تؤخذ نفس بذنب غيرها، بل كل نفس مأخوذة بجرمها و معاقبة بإثمها، و أصل الوزر الثقل(3).

4- قوله تعالى:﴿ مَنْ عَمِلَ صَالِحاً فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ (4). أي أن الله عز وجل مستغن عن طاعة العباد، فمن أطاع فالثواب له ،و من أساء فالعقاب عليه(5).

4- قوله تعالى: ﴿ مَنْ يَعْمَلْ سُوءاً يُجْزَ بِهِ وَلا يَجِدْ لَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلِيّاً وَلا نَصِيراً﴾ (6). فقوله "من يعمل سوءا يجز به" قال الجمهور لفظ الآية عام والكافر والمؤمن مجازى بعمله السوء، فأما مجازاة الكافر فالنار لأن كفره أوبقه، وأما المؤمن فبنكبات الدنيا(7).

(1) القرآن الكريم، سورة الأنعام، 164.

(2) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، ج7، ص:156.

(3) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج7، ص:157.

(4) القرآن الكريم، سورة فصلت، 46.

(5) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، ج15، ص: 370.

(6) القرآن الكريم، سورة النساء، 123.

(7) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج5،ص:396.

الفرع الثاني: أصل المبدأ في السنة النبوية.

أقرت السنة مبدأ الشخصية المسؤولية الجنائية في أحاديث نبوية منها: قوله صلى الله عليه وسلم لرجل وابنه: «لا يجني عليك ولا تجني عليه»[1].

المطلب الثاني: شخصية المسؤولية الجنائية في القانون الوضعي.

ومقتضى شخصية العقوبة أن العقوبة الجنائية لا تطبق إلا على شخص المذنب الذي ارتكب الجريمة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تمتد العقوبة إلى غيره ممن لم يكن مرتكبا لها، مهما كانت صلة قرابته من المحكوم عليه[2].

ويعد مبدأ شخصية العقوبة نتيجة حتمية لقاعدة المسؤولية الجنائية التي تعني أن يدان شخص عن جريمة ليس من صنعه ولا كافة عن جنائي لديه، والمبدأ ذكرسه كافة التشريعات الجنائية المعاصرة بعد أن انتهى عهد المسؤولية الجماعية التضامنية أو التي كانت سائدة في التشريعات القديمة[3].

---

(1) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الديات، باب " لا يؤخذ أحد بجريرة أبيه" 521/2.

- النسائي، السنن، صفة شبه العمد وعلى من دية الأجنة.

- ابن ماجة، السنن، كتاب الديات، باب " لا يجني أحد على أحد" رقم الحديث (2671)، 890/2 عن الشعبي العامري.

- قال في مصباح الزجاجة " هذا إسناد صحيح، وليس له رواية عند ابن ماجة سوى هذا الحديث، وليس له شيء من الخمسة الأصول ورجاله ثقات، رواه ابن أبي شيبة في مسنده عن سعيد بن سليمان عن هشيم، ورواه أحمد بن منيع في مسنده عن هشيم أبو بشر يونس عن حصين. وله شاهد من حديث أبي رمثة، ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن يعقوب ابن إبراهيم الدورقي عن هشيم به عن حصين" 81/5.

مسند الإمام أحمد: 227/2، 228/2، 163/4.

(2) سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، (دار الجامعة الجديدة للنشر 2001)، ص:67.

(3) أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي (دار النهضة العربية، 1995) ص:26-27.

ويترتب على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية أنه لا يجوز معاقبة أي شخص أو الحكم عليه بعقوبة جنائية ما لم يكن قد ساهم في الجريمة فاعلا أو شريكا في ارتكابها[1]. حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بأن «من المبادئ الأساسية في العلم الجنائي أن لا يؤاخذ المرء بجريرة غيره، ولا جريمة إلا بنص، فالجرائم لا يؤخذ بجريرتها غير جناتها، والعقوبات شخصية محضة لا تنفذ إلا في نفس من أوقعها القضاء عليه، و حكم هذا المبدأ أن الإجرام لا يحتمل الاستنابة في المحاكمة، و أن العقاب لا يحتمل الاستنابة في التنفيذ»[2].

المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون.

نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أقروا مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، واعتبروه قاعدة عامة من الدعائم [illegible] ووسيلة لتحقيق الاستقرار، حيث أن النفس [illegible] كانت مسؤولة [illegible] على [illegible] بشكل حرية، ولكن هل مبدأ الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون ولا يرد عليه استثناءات؟

الفرع الأول: تطبيق المبدأ في الشريعة الإسلامية.

إن مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية يطبق تطبيقا دقيقا في الشريعة الإسلامية منذ وجودها، وليس في هذا المبدأ العام إلا استثناء واحد وهو «تحمل العاقلة الدية مع الجاني في شبه العمد و الخطأ»[3].

ويذهب عبد القادر عودة إلى أنه «لا يعتبر تحمل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة، لأنه ليس في [illegible] الدية على العاقلة أي [illegible] الدية على القاتل، وأمر [illegible] معه [illegible] على وجه المساواة له»[4] أن الدية على العاقلة «لا توجب استثناء ولا تعد خروجا على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية، بل موالاة ومعاونة [illegible] لا [illegible] به [illegible] تعويض [illegible] للقتيل [illegible] للفاعل»[5] أن الدية في الواقع جزاء يدور بين العقوبة والتعويض وتحميلها للعاقلة أحيانا لا يخرج العقوبة نفسها عن [illegible] الشخصية[6].

---

(1) سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الجزاء الجنائي، ص:68.

(2) أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، ص:27.

(3) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 149.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، ص: 395.

(5) محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها " دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية" (دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004) ص:465.

(6) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:50.

الفرع الثاني: تطبيق المبدأ في القانون الوضعي.

القانون الوضعي يطبق مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية بشكل عام، حيث لا يعاقب بالعقوبة إلا على من أجرم فيه سواء كان فاعلا أو شريكا مباشرا أو متدخلا في الجريمة.

ولكن المبدأ عرف استثناءات في القانون المصري يعتبر فيها صاحب الجريدة أو مديرها مسؤولا عن أية جريمة تقع من أحد محرريها بالغير منه مسؤولا عن أية جريمة يرتكبها أحد المحررين، كما يعتبر مدير التحرير مسؤولا جنائيا عن أية جريمة يرتكبها أحد المحررين[1].

والمادة 38 من القانون رقم 371 لسنة 1956 في شأن المحلات العامة من أنه:«يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسؤولا معا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون»[2].

ويلاحظ أن الاستثناءات في الجريمة فيها خروج على تطبيق مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية. كما أن صور الاستثناءات تلك من التشريع المصري، والتالي فقد يدان الشخص في غير ما ارتكبه ومن جرم لم يقترفه.

- ولكن الجزائر كرست مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية من خلال الضمانات التي منحها للفرد، وهذا المبدأ الذي قررته الشريعة الإسلامية كأصل عام في الكثير من آيات القرآن وكذا أحاديث السنة دون استثناء. لكن التوصل الذي وصل إليه القانون الوضعي يكرس الفرد بالمسؤولية الفردية والمسؤولية الشخصية لا حديثا، مع وجود القيود التي ترد على تعميم المبدأ وتطبيقه لاعتبارات ترجع إلى المساءلة عن أفعال الغير.

المبحث الثالث: مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية.

---

(1) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 149.

(2) ينظر: عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص: 41.

ومبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية نتيجة منطقية لإقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ يبدأ له عن ثقة وتأييد في كفالة الحرية الفردية في أن الأفراد لا يعرفون مقدماً والثقة في السلطات، والحرية في جعل الأفعال التي كانت مباحة وقت ارتكابها له.

إذ الأصل العام في الشريعة الإسلامية «الأصل في الأشياء الإباحة» و «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» أما القانون الوضعي فيبدأ «القوانين الجنائية لا تطبق على وقائع سابقة لها».

وإن كان مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين الجنائية والاستثناءات الواردة عليه والخصوصيات الناتجة عن تطبيقه، مختلف له أشكال مركبة في القانون الوضعي إذ إن مثل هذا في الشريعة الإسلامية «قاعدة عدم الرجعية» وإن الفقهاء في وجودها، بعد ذلك قرآنية وأحاديث نبوية وقواعد أصولية، إلا أنهم اختلفوا في حكم الاستثناءات الواردة عليها، مؤكدين ذلك ونادوا لاعتبارها.

وبالتالي فالحديث عن قاعدة «عدم الرجعية للقوانين الجنائية» في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، سأحاول دراستها بالتأصيل لها في الشريعة الإسلامية والتطبيق في القانون الوضعي وكذا معرفة أساس الاستثناءات الواردة عليها.

المطلب الأول : مفهوم قاعدة عدم رجعية النص الجنائي.

الفرع الأول : مفهوم قاعدة عدم الرجعية في الشريعة الإسلامية.

مضمون مبدأ عدم رجعية النص الجنائي أن «الأصل في الشريعة الإسلامية أن أحكامها لا تسري إلا بعد صدورها وعلم الناس بها، فهي لا تسري على الأمر والنهي التي صدرت قبل صدورها، وفي صدورها لا عقاب عليها»[1].

ويجب أن تكون الأفعال التي ارتكبها الفرد أو المتهم وتشكل جريمة وقت ارتكابها ليست مباحة تطبيقاً للقاعدة الأصولية «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» وكذا قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة».

الفرع الثاني : مفهوم القاعدة في القانون الوضعي.

من النتائج الهامة المترتبة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عدم رجعية القواعد الجنائية المجرمة على الماضي، إذ تسري على الأفعال السابقة على صدورها ونفاذها وإنما يقتصر سريانها على الأفعال اللاحقة أو المعاصرة لنفاذها[1].

---

(1) أحمد فتحي بهنسي، موجز أحكام الشريعة في التجريم والعقاب، ص:60.

تعتبر النظرية مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد، لعدم انسحابه على الماضي منذ أمد بعيد وهو مبدأ يقوم على اعتبارات عديدة منها :

1- المبدأ يقوم على أساس أن القانون موجه للمخاطبين به ليأمرهم وينهاهم بتكليفهم بالسلوك الواجب، فلا بد أن يكون المخاطب سابقا في وجوده على السلوك المطلوب، إذ ليس من المنطق أن يكلف الأشخاص بسلوك معين إلا بالنسبة إلى المستقبل[2].

2- أنه يقوم على أساس العدالة والحرية الفردية لأن القانون الجديد يجب أن يطبق على الأفعال والتصرفات التي تقع بعد نفاذه، لأنه ليس من العدل أن يكون أحد الأفعال مباحا في ظل قانون، ثم يصبح مجرما في ظل قانون آخر[3].

3- أن المبدأ يسهر على حماية المصلحة العامة التي توجب عدم سريان التشريع الجديد على الماضي، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يعتبر ضمانا لا غنى عنه لاستقرار العلاقات في المجتمع، أما رجعية التشريع فتؤدي إلى إهدار الحقوق في المعاملات[4].

المطلب الثاني : أصل مبدأ عدم الأثر الرجعي للقوانين في الشريعة الإسلامية.

إن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية عدم رجعية النصوص الجنائية، وأصل القاعدة آيات قرآنية تمنع اعتبار الفعل جريمة قبل ورود النص، وكذا أحاديث نبوية تقرر ألا مسؤولية جنائية في حال ارتكاب الأفعال قبل ورود النص :

الفرع الأول: أصل المبدأ من القرآن الكريم.

وسأعرض فيما يلي جملة لبيان تطبيق قاعدة «عدم الرجعية في التشريع الجنائي» على سبيل التمثيل لا الحصر :

أ- حد الزنا : كان الحكم في أول الإسلام، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة وهي الحبس في البيوت تبعا لقوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ

---

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، قانون العقوبات، القسم العام، ص: 62.

(2) محمد سعيد عبد الغفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص: 245.

(3) محمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون، ص:149.

(4) محمد سعيد عبد الغفور، مدخل إلى العلوم القانونية ، ص:246.

اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾[1] ثم تحولت عقوبة الزنا بعد ذلك فصارت الجلد والرجم لقوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[2] وقوله صلى الله عليه وسلم «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة»[3] وهكذا كان للتحديد أثر رجعي لطبيعة عقوبة الجلد والرجم على جرائم الزنا الواقعة قبل تقرير هذه العقوبة[4].

ثانياً: نكاح زوجات الآباء: لقد حرمه الله سبحانه وتعالى وقرر أنه فاحشة ومقت، واستثنى ما كان منهم في الجاهلية[5] فقوله تعالى ﴿وَلا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾[6].

ثالثاً: الجمع بين الأختين: لقد حرم الله سبحانه وتعالى الجمع بين الأختين واستثنى ما كان منهم في الجاهلية[7] لقوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[8].

رابعاً: الربا في الجاهلية: لقد حرم الله تعالى الربا في الجاهلية ولم يرجع بأثر رجعي على ما سلف[9] لقوله تعالى ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا

---

(1) القرآن الكريم، سورة النساء، 15.

(2) القرآن الكريم، سورة النور، 2.

(3) أخرجه مسلم: مسلم، الصحيح، كتاب الحدود، باب "حد الزنا" رقم الحديث (1690)، 1316/3 .

(4) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص:60.

(5) أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص:306.

(6) القرآن الكريم، سورة النساء، 22.

(7) أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص:306

(8) القرآن الكريم، سورة النساء، 23.

(9) أحمد عتبة، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، ص:61.

سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾[1].

ثانيا: الخمر والميسر: حرم الله الخمر والميسر على مراحل، فنهى الله المسلمين أن يقربوا الصلاة وهم سكارى لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَقْرَبُوا الصَّلاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[2] ثم بيّن الله أن الخمر والميسر فيهما إثم كبير ومنافع وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال ﴿يَسْأَلونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾[3] ثم حرم الله بعد ذلك الخمر والميسر تحريما قاطعا حيث قال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[4] وجعل الرسول صلى الله عليه وسلم حد الخمر الجلد، وعقوبة الميسر التعزير، ومن هنا يمكن القول بأن النص الذي حرم الخمر والميسر لم يكن له أثر رجعي[5].

ثالثا: حد السرقة: فرضت الشريعة الإسلامية عقوبة قطع يد السارق والسارقة لقوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[6] ولا يعلم أن النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله، ومنه يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعي[7].

(1) القرآن الكريم، سورة البقرة، 275.

(2) القرآن الكريم، سورة النساء، 43.

(3) القرآن الكريم، سورة البقرة، 219.

(4) القرآن الكريم، سورة المائدة، 90.

(5) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1/ ص263-264.

(6) القرآن الكريم، سورة المائدة، 38.

(7) يونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص: 62.

الفرع الثاني : أصل المبدأ من السنة.

أساس المبدأ في السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم بعد أن جاء بالإسلام لم يعاقب على الجرائم التي وقعت قبل الإسلام[1] ومن الأحاديث النبوية التي تؤكد على ذلك قوله عليه السلام "الإسلام يجب ما كان قبله"[2].

المطلب الثالث : الآثار المترتبة على تطبيق عدم رجعية القواعد الجنائية في القانون الوضعي.

ويترتب على تطبيق قاعدة عدم رجعية القواعد الجنائية على الجريمة الآثار التالية :

الفرع الأول : الأثر الفوري والمباشر لقواعد التجريم والعقاب.

تسري القواعد الجديدة للتجريم والعقاب بأثر فوري ومباشر على الوقائع اللاحقة أو المعاصرة لصدورها ونفاذها، أما الوقائع السابقة على ذلك فتخضع للقانون القديم حتى ولو استمرت آثارها بعد صدور القانون الجديد[3].

- وتحديد تاريخ ارتكاب الجريمة يكون على أساس الوقت الذي تم فيه السلوك الإجرامي دون انتظار تحقق نتيجته، لأنه اعتبارا من ذلك الوقت يتحقق الاعتداء على المصلحة القانونية محل الحماية الجنائية[4].

الفرع الثاني : إلغاء قواعد التجريم والعقاب.

إذا أصبح القانون نافذا فإن العمل به يستمر من وقت نفاذه إلى أن يتقرر إلغاؤه، وقد يصدر الإلغاء من السلطة التي أصدرت القانون، كما قد يصدر من سلطة أعلى، كما قد يتم

---

(1) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1 ص:262.

(2) مسند الإمام أحمد:204/4. ولفظه: " الإسلام يجب ما كان قبله والهجرة تجب ما كان قبلها" 199/4. ولفظه أيضا "الإسلام يجب ما كان قبله من الذنوب":205/4.

* قال الهيثمي في مجمع الزوائد :"رواه أحمد والطبراني، إلا أنه قال : حدثني عمرو بن العاص من فيه إلى فيّ ورجاله ثقات"باب ما جاء في عمرو بن العاص.351/9.

(3) انظر : د. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ص : 63.

(4) د. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات القسم العام، ص:103.

ﻹلغاﺀ القانون بالنسبة للقوانين المؤقتة أو الاستثنائية⁽¹⁾ ويكون الإلغاء في أصله نوعان صريح وضمني:

البند الأول : الإلغاء الصريح.

ويكون الإلغاء صريحا، إذا نص عليه التشريع، أو بنفس الطريقة التي أنشئت بها أو أن يرد صراحة القول بإلغاء المنظمة للقواعد القانونية⁽²⁾.

البند الثاني : الإلغاء الضمني.

ويكون الإلغاء الذي يقع بإحدى القواعد القانونية دون التصريح به صراحة، وإنما يستخلص من ظروف الحال كما في حالة التعارض بين قاعدة قديمة مع قاعدة جديدة⁽³⁾.

والعرف لا يستطيع إلغاء قاعدة جنائية مجرمة، وامتناع السلطات عن تطبيق القاعدة، أو التراخي في ملاحقة الفاعلين لا يعني إلغائها⁽⁴⁾. وإن الجرائم الاقتصادية في ظل القاعدة الجنائية القديمة "إلغاء" لا يحصل إلا بإلغاء القاعدة، ومع ذلك فقد يرى المشرع أن تطبيق القاعدة الجنائية الجديدة إذا كانت أصلح للمتهم⁽⁵⁾.

المطلب الرابع : صعوبات تطبيق قاعدة انحسار الأثر الرجعي.

وتثور الصعوبات بالنظر إلى طبيعة الجريمة والواقعة، وبالنظر إلى طبيعة القانون واجب التطبيق ذي الأثر الفوري .

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بطبيعة الجريمة الواقعة.

البند الأول: جواز سريان القانون الجديد بأثر رجعي على الجرائم المستمرة.

---

(1) عبد القادر عدو، قانون العقوبات القسم العام، ص: 72.

(2) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ص:240.

(3) عبد الرحمن خلفي، محاضرات في النظرية العامة للقانون الجزائري، ص: 143.

(4) عبد القادر عدو، قانون العقوبات ، القسم العام، ص: 73.

(5) عبد القادر عدو، قانون العقوبات، القسم العام "نظرية الجريمة"، ص:109.

والجريمة المستمرة يستغرق السلوك المكون لركنها المادي فترة زمنية[1] والجريمة المستمرة يبدأ الركن المادي فيها في ظل قانون ما، ويظل التنفيذ مستمراً حتى صدور قانون جديد، فيطبق القانون الجديد ولو كان أسوأ للمتهم[2] .

البند الثاني: حالة الجريمة التي تتراخى فيها النتيجة عن السلوك[3] .

والصعوبة المتعلقة بذلك تكمن في حالة ما إذا وقع السلوك في ظل قانون معين، والنتيجة تحققت بعد نفاذ قانون جديد أسوأ للمتهم .

ويذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة بزمان السلوك لا النتيجة في تحديد وقت الجريمة وبالتالي لا يطبق القانون الجديد إذا كان أسوأ[4].

البند الثالث: حالة جرائم الاعتياد :

وهي الجرائم التي لا يعاقب عليها المشرع إلا إذا تكرر وقوع الفعل المكون لها عدة مرات ومثال : الإقراض بالربا الفاحش وتكمن الصعوبة في حالة صدور قانون جديد، فهل يعتد بالأفعال السابقة على نفاذه إذا كان القانون يجرم الأفعال اللاحقة على نفاذه[5].

البند الرابع : حالة العود.

وتثار الصعوبة في حالة ما إذا أصدر قانون جديد ينشئ حالة من حالات العود التي لم يكن منصوصا عليها في ظل القانون السابق، أو يشدد العقوبة على إحدى حالات العود القائمة[6].

الفرع الثاني : الصعوبات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

البند الأول : حالة القوانين التفسيرية.

---

(1) ومثال : استعمال المحررات المزورة.

(2) ينظر: سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:192.

(3) ومثال : من يطلق النار على شخص فيصابه بجروح لا يموت إلا بعد فترة من الزمن .

(4) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص:58.

(5) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص:48.

(6) محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص:60.

والقانون التفسيري هو الذي يصدر بعد صدور قانون سابق يتسم بالغموض، والنص التفسيري يسري على الجرائم الواقعة قبل نفاذه، ولا يعتبر تطبيقا للقانون بأثر رجعي، ومع ذلك يمتنع سريان القانون التفسيري على الجرائم التي وقعت قبل مدة العمل بالقانون المفسر[1].

البند الثاني : القوانين غير الجنائية المعتبرة شروطا مفترضة.

يتوقف اكتمال البنيان القانوني لبعض أنواع الجرائم على توافر شروط مفترضة يتم تحديدها بمقتضى نصوص قانونية غير جنائية. والسؤال المطروح هو "هل تخضع النصوص غير الجنائية [لما هو مقرر في مجال] الرجعية والتأثير، [وكيف يحكم] فيها على الجرائم السابقة على صدورها"[2].

المطلب الخامس : الاستثناء الوارد على مبدأ الرجعية في الشريعة الإسلامية.

الأصل العام في الشريعة الإسلامية هو عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي، إلا أن الأصل قيد باستثناءات جعلت البعض يتحدث عن تعطيل مبدأ في الشريعة الإسلامية وسنحاول تناولها كالآتي:

الفرع الأول : جواز الرجعية في حالة الجريمة الخطيرة التي تمس الأمن العام.

ومن الأمثلة الدالة على جواز الرجعية، جرائم القذف وجرائم الحرابة، وجريمة الظهار، فهذه جرائم طبقت فيها العقوبة بالرغم من أن الوقائع سابقة على نزول النص[3]

البند الأول : جرائم القذف.

تقررت العقوبات على جريمة القذف بقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۞ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[4].

---

(1) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:195.

(2) أنظر: محمد زكي أبو عامر، سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، ص:196.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:266.

(4) القرآن الكريم، سورة النور، 4-5.

وا ! أنـًل ثراٗ السيدو عاﺋﺸة ر ٗ ! عنها اﺮ رماٗا ثه البعﺽ مه Ǒزql Ž قوله تعاٖﻰ
﴿إِنَّ الَّـذِيـنَ جَـاءُوا بِـالْـإِفْـكِ عُـصْـبَـةٌ مِـنْـكُـمْ لَا تَـحْـسَـبُـوهُ شَـرًّا لَـكُـمْ بَـلْ هُـوَ خَـيْـرٌ لَـكُـمْ لِـكُـلِّ امْـرِئٍ مِـنْـهُـمْ مَـا اكْـتَـسَـبَ مِـنَ الْـإِثْـمِ وَالَّـذِي تَـوَلَّـى كِـبْـرَهُ مِـنْـهُـمْ لَـهُ عَـذَابٌ﴾[1] **وحٶول النص ٳالبعﺽ يرﻯ أنه نڒل قبل حاٖ qلǑzq، ٲلذا كان اﻷول ٲو qاٖ، وقرأ ! عاﺋﺸة منه، ٳٴﺒيٲ النص عاﻯ القاٖزة وعوقبوا ٳالعقوٳة الۑ يقرراٗ، وٴﺢ صح اﻷول الرأي ٳ يكه لنص القاٖ ٳﺛر رجعي[2] والبعﺽ يرﻯ أن النص نڒل حاٖ qلǑzq[3] .**

القول الأول **: جرائم القاٖ اۑ ٳﺛر رجعي.**

ومه الٳقه مه رجعوا اﻷول القول عبد القاٖر عوقٖ حيث ٴﺬهب ٳﻰ أن رسول ! صاﻰ ! عليه وسلم حذ القاٖزة ٳﺬلكنٶه النص ٳﺒﻖ عاﻯ وقائع سابقة عاﻯ نڒوله، ٲ علل اﻷٳر الرجعي للنص ٳانه ٳرتكب عاﻯ اﻷ qاٖي نڒل ٲيه النص مه اﻷٳار اﻷامة، ٲقد قاٖ ٳﺛاعة الٳ ٴﻰ عليه السٳﻼم وآٳﺛاٖ qلǑzي حاٖ، قالوا اﻷطار ٳﺛ qلٳﻼم اﻷطار ٴﻰ ٳﺛﺪيدا وكاٖ اﺳﻼم يقتتلون[4] واستند عبد القاٖر عوقٖ عاﻯ ما روﻯ عه رسول ! صاﻰ ! عليه وسلم"أنه صعد ٳﻰ اﻷ ٳﻤ ٲعد أن النٳا ٳﺬ ٳمر وقال «يا مٳشر المٳلميه مه يٳٳرٳٲ مه رجل قـد ٳٳلٳني عنه ٳٳلٳني ٲ أهلي ٳٳ ٲ ٳٳلم ما علم ٳٲ أهلي ٳﻻ ٳٳر ٳٳلذكر ٳٳ رجـلا ما علمٳ عليه ٳﻻ ٳٳر ما يدخل عاﻯ أهلي ٳﻻ معٳ ٲقام سعد بـه مٳاذ اﻷٳصار ٳ يا رسول ! أنا أعذرك منه ٳﻥ كان مه اﻷٳس ٳٳرٳٳ عنقه ٳٳن كـان مـه اٳوانـنا مـه اﻷٳزرج أمرتنا ٲفٳلنا أمرٳ ٲقاٳ سٳد ٳٳ عٳادة ٳٳو سيد اﻷٳزرج وكان قٳل ذلك رٳلا صالحا ٳٳكه اﺣتملته الحمية ٲقال لسٳد ٳٳ مٳاذ كذبٳ لٳمر ! ٳ ٲقتله ٳ تقدر علٳ قتله ٲقام أسيد بـه حضير ٳٳ عم سٳد ٳٳ معاذ ٲقال لسٳد ٳٳ عٳادة كذبٳ لٳمـر ! لنقتلنـه ٲٳنٳ منافٳ ٳٳادل عاﻯ المنافٳيه ٲٳار الحيٳﻥ اﻷوس ٳالٳزرج ٳٳ ٳٳموا أﻥ يقٳتلوا**

[1] القرآن الكريم، سورة النور، 11.

[2] عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية أحكام العقوبات، ص: 160.

[3] أحمد فتحي بهنسي، العقوبة الفقه الإسلامي، ص46.

[4] عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:260.

ﭝرﯨﻭﮘ ﯦﻶ ﯾﺿﺂﻫﻖ ﻒﭘﮬ ﺍﮬﭙﻭا ﺅﯚﮘ«(1) وﯩﮐﮬب عبد القاﮐر عوﮔﮋ أن ﮯﯠﻮ ﻟﻠﻣﮫ ﻛﻞ ﭨﻮ
الﯠي أﮐﻢ ﺍ سلﮐ وﻛﺎﮐ يوقع الفتنة ﯨينهم، والﯠي أنﮇﻝ ﺍ! ﮏيه قرآناً، ﭧو حاﮐﻞ ﻛﻞ ﮗﻬﮋ ﺃﮪﻡ
ﺍ ﮐاعة ونﮣامها وﭧﻭ أحﮗ ما ﮐﻌﻞ للنﭕﻮ ﭐﻦ ﮏيه أﮐﺮ رجعﮬ، ﭒﻦ العقوﯨة ﮋ ﻣﮋﻞ ﯦﻶ ﻛﻞ ﺩﻋﻮ
ﮯﯚﺩئة النفوﮗ الﮋﺎئرﮘ، وﮔﻭ ما ﭐلفته ﺍ ﺮﮐﺔ ﻣﯩ آﮐﺎر[2].

القول الثاني: جرائم الﻘﯠﮊ ليﮐ ﮯﻪ أﮐﺮ رجعﮬ.

وﯩﮐﮬب عبد السﯩﮋ ﭧﮐﮯ الﭐﺮيﮓ العاﯕ ﮯﻶ الرأي ﯦﻶ حيث أكد أن جرﯧﺔ الﻘﯠﮊ ﻟﻠﯚﮋ
ارﮐﮐﺒﮎ ﮋ ﮗﺡ ﺃﮙﺍ ﺎﻣﻦ ﻋﺎئﭐﺔ ر ﮯﮐ ﺍ! عنها كاﮎ جرﯧﺔ متكررﮘ يتقول ﺍﻟﮐﻲ ﺍ تهﮐون ﯦﻶ أن ﮐﻝ
النص[3] واستدل ﮏا ﺩيث الﯠي أﮐرجه أﮐو ﮐاوﮐ عﻣﮐ عاﭐئﺔ ر ﮯﮐ ﺍ! عنها حيث قالﮎ «لما ﮐﮊﮘ
عﮐﺮﮐ قاﮋ رﮘﻮﮘ علﯩﻪ ﺍﮯﮐ علﯩﮐ ﺍلمنﯩر ﻓﮐﮐﺮ ﮐﮐﮐ ﮐﺘﮐﮐﮐ ﺍﻟﮐﺮﺁﮐ فلما ﮐﮐﮐ
أمر برﮐﻠﯩﮐ ﺍمرأة فضربوا ﺤﮐﮐﮐ»[4].

وﯩﮐﮬب عبد السﯩﮋ ﭧﮐﮯ الﭐﺮيﮓ العاﯕ ﯦﻶ اعتبار ﺍ ﺮﮐﺔ أﮐﺒه ﮏا ﺮﮐﺔ ﺍ سﮐﮐﺮﮐ، ﮐﮐﮐﮐﮐ
صلﯨ ﺍ! عليه وسلم ﺎﮐ كان ﮏﺒﮐ ﺍ ﮐ علﯨ الﻘﯠﮊ ﺑﺎلرﮐﻢ ﻣﮐ أن النص ﯾ يكﮐ قد وجد ﮏعد، ﮐﮐﮐﮐ
ﮐﮐﮐ ﯾ يكﮐ استﮐﻨاﮐ ولا يفهم منه أن النص ﮏﺒﮐ ﮏﺄﮐﺮ رجعﮬ، ﭒﻦ الﻘﯠﮊ كانوا يتقولون ﺣﮐ ﮐﮐﮐ
النص، ﮐالعقوﯨة كاﮎ علﯨ ﺍ ﺮﮐﺔ ﺍﮐﮐ ﮐ[5].

---

(1) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المغازي، باب "حديث الإفك" رقم الحديث (4141) فتح الباري 433/7.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج1 ص:267.

(3) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 162.

(4) أخرجه: أبو داوود، السنن: كتاب الحدود، باب "حد القذف" ، 514/2.

- الترمذي، السنن، كتاب تفسير القرآن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب "ومن سورة النور" حديث رقم (3181)، 314/5 . قال: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث محمد بن إسحاق.

- النسائي، السنن الكبرى أبواب التعزيرات والشهود، الأمر بالكتاب الوجه الآخر".

- ابن ماجه، السنن، كتاب الحدود، باب "حد القذف" رقم الحديث (2567)، 857/2

مسند الإمام أحمد : 35/6

(5) ينظر: عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص: 163.

واБ نفÈ القول[1] ثطبب ϴϪϨ ϴϨسϭ حيث قال: «ولنا أن جريمة القϑف لا ϴكرار ϗ Ž
حϱ السيدϱ عائϤة كانϗ متكررϱ يتقول ϭلا تهمϮن بϬا أن نϪل النص ϴϬϧ أϥبه فΎ رϤة ا سϬتمϱ
الا يلϪϠفها القانون ا ديد حالة الاستمرار»[2].

وϴΘϳصة القول Ž ϥϛلا ϒأن الفقهاء اتفقوا علϰ ϭرورϱ ϡيϨϬالقاعدϱ العامة Ž
التϥريع ا نائϴ:ϥ ϛلا Ž التϥريع الرجعية ϭعدϡ ϴϫϭ ϴϠϴمϬϴϴ وϫ ϴائϴ ا لتϥريع اϗساϬ، أما ما ثطبب اليه
عبد القاϬر عوϱϬ مه أن جريمة القϑف ϱعتϭ استثناϭ ϭلϛϭهϮϭ ϡر ثϢا رائم اϠϭ ϱ لا ϗϴϬ التϡ
العاϡ ϴϭϯمه Ϭ يكه عϬ ϬمϤ فدر القاعدϱ ϭϭا ϭϭϭϭ لا ينقص ϭلϭϱلاستثناء ϭلاستثناء، والϥϭ روا ϧϬϬ عϬϬ ϰلϭϬ لϭϭϭ
ا نϥور اليه وا عول عليه ϫو ا نهϡ العاϡ للϥريعة ϭϫو اتطبيقهϭ لقاعدϱ عدϡ الرجعية Ž أن
الفقهاϭϬ[3] كانوا متفقة Ž اعتبار جرائم القϑف وا رائة واϱϬهار استثناϭ وϭϭن اϭتلفوا Ž أساسها.

أما ما ثطبب اليه ϴϨسϭ وϥϭد الϥريعϬ العاϡ Ž أن اتكرار الفعل عدϱϭ ϱمرات، والقول
فالعقوفة علϰ ا رϤة اϡϲϭ ϱ لϬ استثناϭ ϭفيه نϥر، ϭϭم أكدوا فϭن القϑف ϭفوالϭϭ ϭϭϭ نϬول
النص، أي أϭم عوقبوا قبل وجوϱ النص، والتأكيد علϰ استمرار ϭϯمهم ϭϬ حϭ نϬول الϭنص لا
يكϭϬ للقول فعدϡ رجعية النص، لان العϭϱ فعل رسول ا! صلϰ ا! عليه وسلم وϭϱ اتطبيقه ϭ ϭد
القϑف قبل وجوϱ النص.

وا قيقة أنا لا انتϬر لرأي عϬ اϭϭر، فل ϴϬϭ أريد ϭϬير أϭϭلة الفريقة وϭن كانϗ ا سألة
ϭتاϭ ϭϬ البث فيها، فالقول فϭن رسول ا! صلϰ ا! عليه وسلم حد القϑفة قبل نϬول النص ϭتاϭ
ϭϬ فيان ا قϬد منه ليتأكد الاستثناϭ، أو اϭسلم القاعدϱ علϰ أن الاϭϬϭ Ž سبب نϬول[4] اϭϭϭة
كان له اϭر Ž عدϡ اϭأكيد الاستثناϭ، وفالتاϭ لاϭϭϭ اعتبار الاϭϬϭ Ž ϭديد وϭϭ عقوفة القاϭϭ
استثناϭ مه قاعدϱ عدϡ رجعية القوانϭ Ž الϥريعة اϭϬمية.

البند الثاني: جريمة الحرابة.

---

(1) رأي ϥمد الشريϬ العاϡ وϭسلϭ، واحد ،و أدلتϭϭ ϭϭϭ "التشبيه باϭرϤة ا تكررϱ".

(2) اϭϭد فتϭϭ ϴϭϴ ϴϭسلϭ، العقوبة الفقه اϭϬمي، ص: 46.

(3) الفقϭاء ϭϭ: أبو زϭرϱ ، عبد القادر عودϱ وفتϭϭ ϴϭسلϭ، وϥمد الشريϬ العاϡ .

(4) اϭϭية نزلϗ القاϭفϭ عاϭشة أم ا ϭمϭ رضى ا عϭϭ، وϭϭ ما ϭϭϭ سبϭ ϭϭ سعيد بن ϭϭ، ϭϭ نزلϗ بسبب القϑفة عموماϭ، القرط ، اϭامϭ ϭحكام القرϭ ج172/12.

وأصل الاستثناء ما جاء في سبب نزول الآية في المشهور أنها نزلت في العرنيين [1]، روى الأئمة واللفظ لأبي داود عن أنس بن مالك أن قوماً من عكل أو قال من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة، فأمر لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بلقاح وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها، فانطلقوا، فلما صحوا قتلوا راعي النبي صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم خبرهم من أول النهار، فأرسل النبي في آثارهم، فما ارتفع النهار حتى جيء بهم فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم وألقوا في الحرة [2].

وروي عن ابن عباس والضحاك أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب، كان بينهم وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عهد فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض [3].

والاستثناء في سبب نزول آيات الحرابة أدى إلى الاستثناء في الحكم عليهم واعتبارهم استثناء من قاعدة عدم الرجعية على أقوال ثلاثة:

القول الأول: وهو رأي عبد القادر عودة، حيث ذهب إلى أن الآية نزلت لعقاب العرنيين، وبذلك تكون قد نزلت بعقوبة لجعل سابقة عليها، ومن ثم كان لها أثر رجعي، والحكمة العامة اقتضت ذلك، فلقد كان حادث العرنيين خطيراً يوجب لو لم تنزل الآية أصلاً بعقوبة رادعة أن يقضي على النظام وعلى الأمن والسلم، وعلى النظام ويزيد وأن يشجع على قطع الطريق [4].

القول الثاني: وهو رأي الشيخ محمد أبو زهرة، والمرحوم عبد الرحمن التاج، والدكتور محمد سليم العوا، حيث أكدوا أن النص ليس له أثر رجعي، وكل منهم يعضد رأيه بما توصل إليه من دليل.

1- رأي الشيخ محمد أبو زهرة: حيث ذهب إلى أن الآية لا رجعية فيها على الإطلاق، وأن المحاربين هم الذين يسعون في الأرض فساداً، وأن ما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم بالعرنيين كان من قبيل القصاص [5].

2- رأي الدكتور محمد سليم العوا: حيث ذهب إلى أن النص لم يكن له أثر رجعي، لأنه لم يطبق على واقعة سبقت نزول الآية [1].

---

(1) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب المغازي، باب "قصة عكل وعرينة" رقم الحديث 214، 271/5.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج148/6.

(3) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج149/6.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص: 268.

(5) محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص:47.

أ- ﺄن اﻵية نﺰلﺖ ﺑﻌد عقاب العرنيين، فيكون الرسول صلى الله عليه وسلم، قد عاقبهم قصاصاً.

ب- ﺄن قصة العرنيين كانت قبل نزول الحدود والنهي عن المثلة، ونحن نعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثّل بأحد قبل ولا بعد، قال ابن تيمية «أما التمثيل في القتل فلا يجوز إلا على وجه القصاص، وقد قال عمران بن حصين رضي الله عنهما" ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا فيها بالصدقة ونهانا عن المثلة"[(2)] وحتى الكفار إذا قتلناهم فإننا لا نمثل بهم بعد القتل، ولا نجدع آذانهم وأنوفهم ، ولا نبقر بطونهم، إلا أن يكونوا فعلوا ذلك بنا فنفعل بهم ما فعلوا أو الترك أفضل "[(3)].

وفي صحيح مسلم عن بريدة رضي الله عنه قال» كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمّر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال: اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً»[(4)].

ج- طبيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للحكم قبل نزول الحكم معناه أن الحكم يثبت قبله، ومن غير الجائز أنه عليه السلام لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى[(5)] والدليل على ذلك أن حكمه فيهم حكم محاربة وسعى في الأرض فساداً، لذلك جاء الحكم فيهم بنص الآية.

3-رأي أبو زهرة:[(6)]. واعتمد أبو زهرة في القول بأن الجرائم ليست من قاعدة عدم الرجعية على الأدلة التالية[(1)].

---

(1) ينظر: عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص:165.

(2) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الجهاد، باب "النهي عن المثلة" ، 53/3.

(3) ابن تيمية ، السياسية الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص :41.

(4)أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب الجهاد، باب "تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها" رقم الحديث (1731)، 1357/3.

(5) الآية: سورة النجم الآية: 3-4 كما أكد الله .

(6) **هو محمد أحمد أبو زهرة ،ولد عام 1898 ، بمدينة المحلة الكبرى، مصر، تربى في المدرسة الأحمدية بمدرسة القضاء الشرعي ، واشتغل منصب مدرس العلوم الشرعية واللغة العربية ، وأصبح عضو في المجمع العلمي الإسلامية ، من مؤلفاته:**

أ- كون النƑ صلى ا! عليه وسلم ا ǯبƻ كم قبل نǼول اǗية ليȂ معناƅ أن ا كم Ɓ يǼ Ǫ قبلها، علƑ أن أكƯر الرواƩ Ɓ يعتƎوا ا ƅǲǳ ǻقǃɃǻ ɫǼ صǲƊ سƉبب نǼوƉل اǗية، لان ماحكم ǯه كان ǫاǼصاǄ.

ƴ- أن ǁ اƸȋ Ǝ أن Ɓ يكƛ Ž سندƅ نقد، ƅ معناŽ ǼƸ ƅ نقد، ƱƔǇ متنه ȑ ǮǯǼǻȂǯ لا يتفǼǇ ǭƸǼ مǼع ا قررات ǮǲǯمƉية اǯȋƭتة مƛ الدينǯǲƩ ƛǲرورƩ، ƱƔǇ اǁ ƸƎ أنه ǳȑ أعينهم، ǯل أن الراوي يقول ǯɃǵم كانوا مƛ ǯƯ ƩǌدƉ العطƉ ǼƉ يكدمون اǄ ƊǼ ، وƩǾƝاستسيǼ ƛقطع اǄيدي واǄرجل، ǲليȂ استسƉǼƐǷǼ Ž اǮƩ ƉǼǽƉǯǵ ǼƐركهم ǬƑǼون عطƉ ǼƹƉ يكدمو اǄ ƊǼ ، ƱƔǇ ا ديث قوله عليه السƳǷ"ǯƩǍ ƍ ǲǯيا ǼƐقتǼلو بالƉǼ ǼǽǮ ȁ "⁽²⁾ وǯالتاǸǯ ƊǼ Ʊ ǁ ƸƎ لا ǬكƛƷ أن يكون صƉǷيǼƉ النسبة ǸƔǼ النƑ صلى عليه وسلم، ǼǲǼ Ž متنه مƉǼƉ ǮƉǯǼǻ ǲƉ وǼǓالفته اŉǼǲƸƨǯƉǼ ǼǲǼ ƊǼƉǿǯƉǼǯ ǼǲǼǼ مǼع علƑ معناǼ ، و ǽالفته للطƉǼǼǼƊǼ ǮƩǼǯ مǼ ǼƛǼǼ ǼǲǯƑ اǼǯǷǿ ƛ الدƉǼǼǯƩǲǯ رورƩ وعلƑ ǲƊǼǽ صƉǷة الواقعة ǲليȂ ǼƉǷǽǼ ǿليل علƑ ǯǵǼǼ ǯلغته عليه السƳǷ و Ɓ يستنكرǼǷ، ǯل القريب ǼƔǸ ا عقول أنه استنكرǼǷ وǯلغتنا الواقعة و Ɓ يبلغنا الاستنكار.

وخلاصة القول في المسألة لابد من أن أقرر الأحكام التالية:

1)- الاǼƉǽƳǻǨ Ž ǼƉǽƳǻǨ سبب نǼول اǗية ينƊǼǼ عنه الفقهاƊ Ǽǭ ا Ž كم، وǯالتاǸǯ Ʊ ǯناƊ ǭ ا سألة علƑ ǼƬƉ ا Ǽساǯ ǼƩ لا Ǭرجها مƛ اǼƉǯǼǽǨǯǼ العاǩ "عدƩ الرجعية".

2)- القول ǯƙن ما ǲعله رسول ا! صلƑ ا! عليه وسلم ǯالعرنيǽǼ Ǽǲǫ ƛ ǼƛƉǺƝǯǼ ليȂ ǯƉǷǿǯǼǳ علƑ أن اǗية لا رجعية ǲيها علƑ اǼƉ ǼƔǳǼƉǼ ، ǯل أن ا عول عليه أسباǼ اǼǷول ووǫƓ اركƉǼǼǼ ƭǼ الفعǼƉǼ ǼǲǼƩ ولƉطبيǼǼǼǾǼ العقوǯة.

3)- صƉǷيǼ ƔǸ أن ǲعله عليه السƳǷ ǼǴǼ Ǫ ، لكƛǲ ƊǼ لا Ǭنع مƛ أنه فاǩ ǯه قبل نǼول النص .

"أصول الفقه "،"كتاƃ اǄحوال اǼƉ ǼƹƉية"و"العقوǯة Ž الفقه اǮǯǼǷƳمي"عاǩ 1974.ينǜر: ƀمد ǳƊاعيل ، أصول الفقه ƫǯاركه ورجاله، ǹ :647-648.

(1) أبو زǯƩǼ ، اǳرǬة الفقه اǮǷƳمي ، ص: 309-310.

(2) ƭمǼ الزوائد، "باب اǭǳǳ عن ا ǯǾة"، ǯتاب اǳدود والديات ، ǯǷǽ 249/6"وعن ǼǳاعيǼ أبن راǼǿد ǯǷǽ: ǯاǩ من حديǮ ابن مǼƉǼƉ لعǼǼه ا وأصƉǷابه،ǯǷƊ ǯǼǽƉ ǯǼƉǼǯ Ʃ اǳديǮ وفاƩ ǯǾǼ ǯǼǽǼ وجǼǼǼ، ǸƔ أǩ ǯǷǽ:فقاǯƉ ǯǼǽ :ǯǼǷƉǳǨǻ: رأيǼ فيه رأيǼ، واǩ ǼƉǼǼ من ضرǼ اǼƉ فأضربه ضربة و ǼƉǼ ǯƉǶǯ به فأǼǳ ǸƔǳ رسوǼ ا صǼǽǼ ا عǼǽيه وسǼǼǼǽ ǯǾǼ عن ا ǯǾة ولو بالكǼǽب العقور، وǼǼǼو بتمامة مǼǼǽǼǼب عǼǽǽ رضا ا عǼǼه، رواƉ الطǼǼاƆ وأسǼǼǼاده مǼǼقطع".

4)- ǿن كان ǻطبيȨ اǼȀر الرجعƠ للنص Ž حاǿǼة العرني ǈيه ǷاȂǻة عامة وƠǿ اǘȂǻل ûلǿǸ علǾ ǷاȂǻة اǠǼاعة واǿǸǷ العاȁ، ǿǼلا أن ǠŮ لا ǽǼ ǿȀŎ ǿـǾ علǾ ǿǼŸǻفه ǿǼل يقيد ČǾŐ الواقعة ، ǿȀنه

وǸȀ اǠǼاǿل القول ǿǠدǿ الرجعية ǈيه ǸǾǾǿȀȂǻ اǠǼاعية، واǘǳ الفرǿǼية ǿǸǼ ǿǳاȂǻة للǸǿǳ Ȩقيه ǶǴƟ ǿدǺǳيد ǷǸǷ ǿǸǻ

الوقائع وǿالتاƢǳ ǿǼǸǼان الاستقرار واǿǸǷ ǿǻ ، ǻǼȂǼǼǿǼلة ǿǠ حاجة ǶǼ ǾǿǼ ǿǳǳ ǿǸǿ ǿǠǿ ǿǼǸǼ ǿǸǼǿ

الفعل قبل ارǻǿǼǻاǿه وليȂ العكȂ وǿǴǸ ǿǴǿ ǾǸǾǼ مع روǼǼ ǿǴǾاحة اǼ فررǾ Ž الǼǸǾ ǿǼǿǼ، علǾ أن ǿǸصل Ž

ǿǸعال ǿǴǾاحة.

5)- ǿǼن Ž ǸǿǼة العرني والاǿǸǼǻ Ž ǸǼǿǸ ليȂ ǿǼǼ علǾ ǿǸǼ ǿǳاصة ǿǼ ǿǳǴǿة وǿالتǿǸǴǸ صǸǳȂǻة

الاستǻǼǸاǿǼ ǿǸحاǿǼيث الدالة علǾ اǼعاملة ǿǼ ǿǳل، ǿǼل أن اǼǸǿد ǷǸǷ ǿǸǼ ǸǿǼ ǿǼيان سريان النص علǾ

اǼǼǼ أو عدǿ سريانه .

6)- القول ǿǠدǿ صǸǳȂǻة اǼǼǼ ونقدǼ ǿǸ حيث اǼǼ ǸǿǼ ǿǸǼ ǿǸǼ، وصاǸǼ مع اǼǼǳǾǼ ǿǸǸǿ والǿǸǼ ǿǼ ǿǼ

Ž عدǿ صǸǳȂǻتها ǿǸ جهة، وǿǸ جهة ǿǸǼ ǿǼن سرǿǼ ǿǠǿ ǿǼحاǿǼيث الǸǳȂǳǳȂǻة الدالة علǾ حسǿǼ

اǼعاملة، ليȂ معناǾ عدǿ ǿǠل رسول اǼ صلǾ اǼ عليه وسلم ǿǠالعرني ما ǿǠل وصاǸǼ أن ǿǸǼǿǼ

آيات صǸǳȂǳȂǻة ǻǼنص علǾ ǿǼروري العقاǿǼ ǿǳǼ.

- والقول ǿǼاستǿǼناǿǼ اǼǼǿǼ ǿǸ ǷǼ قاعدǿ عدǿ الرجعية أو عدمه ما يǼǳال يكتنفه الغǿǸǸǿ وصاǸǸǸ ǿǸǼ

عدǿ وجوǿǼ ǿǼǼǼلة قاǸǸعة ǸǼǼǼǼكد الاستǿǼناǿǼ – ǿǼ صǸǼ ǿǼǼǼيته ǸǼǿǼ – أو ǻǼنفيه، ولا أǸǼ ǸǼ أن اǼسǸǿǼة

ستǸǼد ǸǼ ǸǼرجاǸǼ ǸǼ ǿǼساǸǼ اǼعول عليه وǸǼ سبب الǸǼول ǸǼ ǸǼ ǸǼية ǈيه ǸǼǸǼǼ. وǸǼالتاǸǼ ǸǼب

التǸǼكد والتعرǸǼ علǾ مǸǼǸǼد الǸǼǸǼ ǸǼ ǸǼ سǸǼ أي واقعة وǸǼكييفها مع مفتǸǼ ǸǼǸǼاǸǼ اǸǼاعة ومǸǼ

ǸǼ الطǸǼǼنينة والاستقرار ǸǼون ǸǼدار ǸǼǸǼǸǼ ǸǼǸǼǸǼ .

البند الثالث : جريمة الظهار[1].

Ž سبب ǸǼول ǸǼية فاǸǼ عاǸǼة رǸǼ اǼ عنها ǸǼبارة ǸǼي وسع ǸǼعه كل ǸǼ ǸǼǸǼ لا

ǸǼع ǸǼǸǼ ǸǼولة ǸǼ ǸǼعلبة وǸǼ علǸǼ ǸǼ، وǸǼ ǸǼتكǸǼ ǸǼوجها ǸǼ الرسول صلǾ اǼ عليه

وسلم وǸǼ ǸǼقول «يا رسول اǼ أكل ǸǼǸǼ ونǸǼرت له ǸǼ ǸǼ ǸǼ كǸǼ سǸǼ وانقطع ولدي ǸǼǸǼر

(1) الǸǼǸǼار"ǸǼشبيه زوج زوǸǼ أوǸǼي أمة حǸǼ وطǸǼ ǸǼ ǸǼرم ماǸǼ أو ǸǼ أǸǼبية ǸǼتعه ǸǼما واǸǼء ǸǼالكǸǼ وا ǸǼ ǸǼاصǸǼ".أبن عرفة، اǸǼدود، ج295/1.

ﻪ ، اللهم ﺇﻟﻰ أﺷﻜﻮ ﺇﻟﻴﻚ ﺑﺚ ﺣﺰﻧﻲ ﻓﺮﺣﻞ ﻣﻦ ﺑﻴﻨﻬﻢ ﻭﻟﻢ ﺗﺰﻝ ﺗﺒﻜﻲ ﺣﺘﻰ ﻧﺰﻟﺖ ﺍﻵﻳﺔ»[1] ﴿ قَـدْ سَمِـعَ الـلَّـهُ قَـوْلَ الَّـتِـي تُـجَـادِلُـكَ فِـي زَوْجِـهَـا وَتَـشْـتَـكِـي إِلَـى الـلَّـهِ وَالـلَّـهُ يَـسْمَـعُ تَـحَـاوُرَكُـمَـا إِنَّ الـلَّـهَ سَمِـيـعٌ بَـصِـيرٌ﴾[2].

ولما كان ﺍﻟﻨﺺ ﻓﻲ ﺃﺳﺒﺎﺏ ﻧﺰﻭﻝ آية الظهار وآية ﺍﻟﻔﺮﺍﻕ جعل ﺇﻣﻜﺎﻧﻴﺔ اعتبارﻫﺎ استثناﺀ من قاعدﺓ عدم الرجعية، ﺇﺫ أن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار وتطبيقها على واقعة واحدﺓ، جعل الأمر قطعيا في رجعية النص الجنائي، وهذا ما ذهب ﺇليه عبد القادر عوﺩﺓ[3]، ومع ذلك ﻓﻘﺪ ﺫﻫﺐ ﺍﻟﺒﻌﺾ إلى أن واقعة الظهار لا تعتبر استثناﺀ من القول بعدم رجعية النص الجنائي على الإطلاق ومنهم:

1- رأي ﺍﻟﺪﻛﺘﻮﺭ ﻣﺤﻤﺪ ﺳﻠﻴﻢ ﺍﻟﻌﻮﺍ: ﺣﻴﺚ ﺫﻫﺐ إلى أن الظهار ليس ﺍﻟﻜﻔﺎﺭﺓ ﻣﻦ ﺍﻟﺘﺪﺍﺑﻴﺮ ﻓﻲ ﺍﻟﻌﺒﺎﺩﺍﺕ ﻣﻨﻬﺎ ﺇﻟﻰ العقوبات، ولا ﺗﻌﺪ ﺧﺮﻭﺟﺎ ﻋﻦ ﻗﺎﻋﺪﺓ عامة ﻣﻦ ﺍﻟﺘﺸﺮﻳﻊ ﺍﻟﺠﻨﺎﺋﻲ، وأقر ﺑﺄﻥ قاعدﺓ عدم الرجعية موجوﺩﺓ ﻓﻲ ﺍﻟﻔﻘﻪ ﺍﻟﺠﻨﺎﺋﻲ ﺍﻹﺳﻼﻣﻲ ﻭﻟﻢ يرﺩ عليها استثناﺀ ما[4].

2- رأي ﺍﻟﺪﻛﺘﻮﺭ ﺃﺑﻮ ﺯﻫﺮﺓ: ﺣﻴﺚ ﺫﻫﺐ إلى أن الحكم الذي نزل ﺑﺎﻟﺘﻜﻔﻴﺮ ﻋﻦ الظهار ﺑﺎﻻﻋﺘﺎﻕ أو ﺑﺼﻮﻡ ﺷﻬﺮﻳﻦ متتابعين، أو ﺑﺈﻃﻌﺎﻡ ستين مسكينا، لم يكن ﺗﻄﺒﻴﻘﺎ ﻷﺛﺮ ﺭﺟﻌﻲ ﻣﻦ الحكم الذي كان قائما، ﻭﻫﻮ التحريم ﺍﻟﻤﺆﺑﺪ ﻭﻫﻮ حكم شديد على الرجل وامرأته ﻓﻲ ﺍﻟﺤﻴﺎﺓ ﺍﻟﺰﻭﺟﻴﺔ على وجه التأبيد، ﻓﺎﻟﺘﻄﺒﻴﻖ ﻫﻨﺎ القاعدﺓ ﺍﻷﺻﻠﺢ ﻟﻠﻤﺘﻬﻢ، ﺇﺫ ﺃﻥ الواقعة لما أن يطبق عليها الحكم السابق ﻭﻫﻮ التحريم ﺍﻟﻤﺆﺑﺪ ﻭﻫﻮ عقوبة قاسية، وإما الحكم ﺍﻟﺠﺪﻳﺪ ﻭﻫﻮ الكفارﺓ[5].

3- رأي عبد السلام ﺍﻟﺘﺮﻣﺎﻧﻴﻨﻲ ﺍﻟﻌﺎﻡ: و رأيه نفس رأي أبو ﺯﻫﺮﺓ ﻭﻫﻮ أن الحكم ﺑﺎﻟﺘﻜﻔﻴﺮ ﻋﻦ الظهار ما ﻫﻮ ﺇﻻ ﺗﻄﺒﻴﻘﺎ ﻷﺛﺮ ﺭﺟﻌﻲ ﻣﻦ ﺍﻟﺤﻜﻢ الذي كان قائما، والكفارﺓ ﻫﻨﺎ موجب للتحليل ﺑﻌﺪ التحريم.

وﻣﻨﻪ يستقيم القول بمبدأ عدم رجعية العقوبة على ﺍﻹﻃﻼﻕ ﻓﻲ الشريعة ﻭﻫﺬﺍ الفهم كان واضحا عند الفقهاﺀ الذين قرروا ﻓﻲ ﻣﺴﺄﻟﺔ التعزير، أنه لا ﻳﺠﻮﺯ ﻓﻴﻪ تطبيق العقوبات على أفعال وقعت ﻗﺒﻞ ﺍﻟﻨﻬﻲ ﻋﻨﻬﺎ

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج270/17.

(2) القرآن الكريم، سورة المجادلة، 01.

(3) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:269.

(4) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:47.

(5) أبو زهرة، الجريمة في الفقه الإسلامي، ص:310.

وشمولها لما علم الله تعالى.[1] فقال الماوردي «يجب عند تقدير عقوبات التعزيرية أن يقدر بالإنكار، ولا يعاقب بالتأديب قبل الإنذار»[2].

ويمكن أن نجمع مواقف الفقهاء المعتمدة من هذه المسألة في النقاط التالية:

1- ما ذهب إليه من يرى أن «الظهار ليس استثناء من الكفارة جعلها الله عقوبة» لا يستقيم لأنه ولو يحكم بالأحوال قررت الكفارة كعقوبة، وينظر إليها على أساس أنها جريمة تقرر قبل وجود النص، ويمكن أن نلتمس حيث قال «أما الكفارة فهي عقوبات دائرة بين العبادة والعقوبة كما في اليمين والغموس»[3] أن العقوبة عقوبة سواء كانت تابعة لجريمة أو جناية.

2- القول أن «الكفارة ما لم تثبت بها الحكم السابق وهو الظهار » ليس فيه معنى لعدم سريان النص الجنائي على الماضي، فالعبرة بالواقعة وتطبيقها قبل وجود النص فهي سواء سلمنا بالحكم الأول وهو الكفارة أو الحكم اللاحق وهو الظهار من حيث سريان الأمر من حكمها ظهار ثبت وكان قبل ورود النص. وبالتالي يمكن ترجيح رأي عبد القادر عودة في أن جريمة الظهار استثناء من القاعدة العامة وهي «عدم رجعية التشريع الجنائي» في الشريعة الإسلامية وهذا لا ينقص من قدر القاعدة شيئا بل ذلك يؤكدها من حيث يتم إعمالها في أهم مقاصد الشريعة الواجب الحفاظ عليها، ولئن كان الاستثناء يقدر بقدره، ويمثل الواقعة التي حدثت.

الفرع الثاني : وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجاني.

إذا صدر نص جنائي أصلح للمتهم ،وجب تطبيق النص دون تقيد على الماضي، ولو أن الجاني ارتكب جريمته في ظل حكم نص أشد عقوبة، ويترتب لتطبيق النص الأصلح للمتهم، أن لا يكون الحكم المقرر على الماضي تابعا للنص القديم أصبح نهائيا[4].

---

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص:168.

(2) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية،(ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر1983)، ص:249.

(3) أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، ص:124.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1،ص:270-271.

والعلة Ž تطبيĘ النص الÎرعƟ Ĭصلǥ او أن الغاŎ العقاā أو Ơفيفه، قد اقتĤته العدالة وا لÔƨلǼة، Ƴز يكون مǼ العدالة أو مƨلǼة ا لǼاعة الاستقرار Ž اǯجراŎات حǋ يتم العقاā، كما لا يكون مǼ ا لÔƨلǼة أǹŴ اتهم بالعقاā الغليş[1].

البند الأول: تطبيق الرجعية في جريمة القتل.

حيث أن العرā قبل اǯسǘم كانǨ تباǿ Ž الديات، حيث كانǨ ǿيǼة ǋريƳ الÎرف أغلǯ ǿ ǿيǼة الرجل وونه، وǿيǼة النĤي ǿ ǿيǼة القرشƟ، وكان الÎرƳƴ Ǽ مǼ العرā قتل، ا يقتƴل قاتله فقǖ، بل قتل مǼ أǋراف قبيلة القاتل مǼ يرونه كƳ Ŏ القتيل[2]. فقد قتل أحد أفراد قبيلة ƭ ǿرجل فلما ǋ ، ا ǼǼ ǿعمǼƳ قتل ǋيǼǼ ا Ǽǿ أتوǿ عليهم جدةǼ، فقالوا له: سل Ž قتل ǋǿ، فقال: ǘحد ƭ ƭ ل يغني ǋ ǋ ا فقالوا: ومال Ɵ Ɵ فالǷ ǷيونǶ ǋǿǼ ǋ اساǿ، أو رǷǼون مǼ قبائلǼ السǘح، أو تدعون Ǻ ǘ قبيلة ǋ ǋسرنا فقتلها، ǻ لا أرƭ أنǹŴ ǹŴ ا مǼه عوǼǿǋ، فاكتǼƳ و ǼƳ القتيل يرƭ أن قبيلة ǋǿ ǋسرنا لا يǼƴǼ فتلها Ž قتل ولده[3].

وجاŎ اǯسǘم فبعث العرā يطلب ǋǿǨǼ ǼدماŎ وجرائم، فǼƧǼ التفاǋل ، وسǼƱ ǼƳ ǼƱ ǿيƳ الÎرف والوǋيع، و ƳǼǿ ا ƳǼاŎ ا ǯحرار وƳǼاŎ العبيد[4] وǋ Ƭ Ž قوله ǋǼƱǻ ﴿يَـــا أيُّـهَـــا الـَّذِيـنَ آمَـنُـوا كُـتِـبَ عَلَـيْـكُـمُ الـْقِـصَـاصُ فِـي الـْقَـتْـلَـى الـْحُـــرُّ بِـالـْحُـرِّ وَالـْعَـبْـدُ بِـالـْعَـبْـدِ وَالـْأُنـْثَـى بِـالـْأُنـْثَـى فَـمَـنْ عُـفِـــيَ لَـهُ مِـنْ أَخِـيـهِ شَـيْءٌ فَـاتِّـبَـاعٌ بِـالـْمَـعْـــــرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَـيْـهِ بِـإِحْـسَـانٍ ذَلِـكَ تَـخْـفِـيـفٌ مِـنْ رَبِّـكُـمْ وَرَحْـمَـــةٌ فَـمَـــنِ اعْـتَـــدَى بَـعْــــــــدَ ذَلِـكَ فَـلَـهُ عَـــــــذَابٌ أَلِـيــمٌ﴾[5].

وبعد نǄول ا حكم Ž انتهƭ عǼƴǼية التفاǋل Ž الدماŎ وا ǼǼراح والديات، وǋǋǼ ا حكم علƭ ما سبقه مǼ ƳǼاŎ وجرائم ا ǻ ƾكم فيها بعد وŎǼǼ كان للنص أثر رجعƟ[6].

(1) أƥد ǋبة، موǄǋ أحكام الشريعة اǯسǘمية Ž التǋرƹ والعقاب، ص:64.

(2) يونǆ عبد القوي السيد الشافعƟ، اǼƧرǼة والعقاب، Ž الفقه اǯسǘمƟ، ص:66.

(3) القرطƦ ، اǼƷامع ǯحكام القرآن، ج2 ص: 224.

(4) أƥد ǋبة، موǄǋ أحكام الشريعة اǯسǘمية Ž التǋرƹ والعقاب، ص:64.

(5) القرآن الكرƇ، سورة البقرة، 178.

(6) يونǆ عبد القوي السيد الشافعƟ، اǼƧرǼة والعقاب Ž الفقه اǯسǘمƟ، ص:67.

البند الثاني: نتائج تطبيق التشريع الأصلح للجاني.

ويترتب على ما يوجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجاني نتائج هامة وهي [1].

أولاً: إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم في الجريمة وكان أصلح للجاني من التشريع القديم فإنه يطبق ولو أنه ارتكب الجريمة في ظل التشريع القديم.

ثانياً: إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذي صدر تطبيقا للتشريع القديم، كما يجب أن لا يوقف تنفيذه إذا كان قد بدئ في تنفيذه.

ثالثاً: إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا يطبق على الجاني لأنه ليس أصلح له، والأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقا للنصوص السارية وقت ارتكابها.

رابعاً: إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم، وكان أصلح للمحكوم عليه، نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التي يقررها التشريع الجديد.

المطلب السادس: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في القانون الوضعي.

قررنا سابقا المبدأ العام في القانون الوضعي وهو احترام قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية على الماضي، ولكن هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة لا تنقص من قيمتها ولا تهدمها فقد رمى المشرع من هذا الخروج عنها لدواعي خاصة وحماية مصالح أولية ومنها:

الفرع الأول: رجعية القواعد الجنائية المجرمة(القانون الأصلح للمتهم).

تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم ليس فيه اعتداء على مبدأ الشرعية، ذلك أن تطبيقه لا ينطوي على إهدار الحريات الفردية [2]، والحكمة من تقرير هذا هو أن رجعية القواعد الجنائية الأصلح للمتهم تحقق التوازن بين مصلحة المجتمع من ناحية والحريات الفردية من ناحية أخرى على مصلحة المتهم [3].

---

(1) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:272، ويونس عبد القوي السيد الشافعي، الجريمة والعقاب في الفقه الإسلامي، ص:67.

(2) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري والقسم العام (الجريمة)، ج 1، ص:92.

(3) ينظر، علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص: 73.

والغاية من الجريمة تخفيفها للعقوبة أو تغييرها يفيد أنه رأى فيها أو في القدر ليس على الأقل أو أمثلة مضاد في صالح المتهم، ومن غير المقبول ولا يكون من العدل أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه المشرع بعدم جدواها أو عدم ضرورتها أو عدم الحاجة إليها في مكافحة الإجرام أو يقرر عقوبة أخف منها(1).

ولكن لا يمكن تطبيق مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم على إطلاقه، بل أن لا بد من توافر شروط:

الشرط الأول: أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم.

ويكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا أنشأ له مركزاً أو وضعاً يكون أصلح له من القانون القديم، وقيل أن تحديد الوضع الملائم للمتهم، والفائدة لا تتحقق له إلا بالمقارنة بين القانونين (القديم، الجديد)(2)، والسلطة المختصة بتحديد القانون الأصلح هي القاضي، ولا يجوز له ترك الاختيار للمتهم وتقييم أيهما أصلح له(3).

معايير أصلحية القانون الجديد بالنسبة للمتهم: لمعرفة أصلحية القانون الجديد لا بد من معايير خاصة متعلقة بالتجريم والعقاب.

أ- معايير الأصلحية المتعلقة بالتجريم: يعد القانون الجديد أصلح للمتهم إذا كان يلغي الجريمة ويجعل منها فعلاً مباحاً، أو كان يعدل من أركان الجريمة بأن يضيف ركناً إلى ركنها الاعتيادي، أو يضيق من نطاق الركن المادي عموماً(4)، ويكون القانون الجديد أصلح للمتهم إذا استبعد أحد الظروف المشددة للعقوبة الجريمة(5).

ب- معايير الأصلحية المتعلقة بالعقاب: إذا أبقى القانون الجديد على نص التجريم ولكنه قرر للجريمة عقوبة أخف من العقوبة التي كانت مقررة في القانون القديم فهو أصلح للمتهم(6) ويحكم المقارنة بين القانونين عند تعديل العقوبة المعايير التالية:

---

(1) ينظر: علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام نظرية (الجريمة)، ص:110.

(2) عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات، ص: 50.

(3) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:212.

(4) ينظر: سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص:214-215.

(5) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص:81-82.

(6) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص95.

1- عقوبة الفة [illegible] وأصلح للمتهم من عقوبة [illegible] النظر عن نوع العقوبة وأيضا [illegible] نفس المتهم ،وأن عقوبة [illegible] نهاية [illegible] النظر عن [illegible] [1].

2- [illegible] كانت العقوبتان من العقوبات المقررة لنوع واحد من الجرائم [illegible] في ترتيب العقوبات، [illegible] كان القانون الجديد يبدل عقوبة السجن [illegible] الأصلح للمتهم، [illegible] السجن [illegible] عقوبة [illegible] و عقوبة السجن [illegible] عقوبة السجن [illegible]... [2].

[illegible] العقوبة [illegible] القانون من حيث النوع كالسجن أو [illegible] الأصلح [illegible] هو الذي ينقص من مدتها، [illegible] القانون الجديد [illegible] أو [illegible] القانون الأصلح [3].

ولكن يبدو [illegible] العقوبة [illegible] القانون الجديد أحد الحدين ورفع [illegible] الأدنى، ورفع الحد الأدنى [illegible] [4].

[illegible] رأي القول بأن القانون الأصلح هو القانون الذي [illegible] الحد الأدنى للعقوبة ولكن يعيب [illegible] الرأي أنه يعرض المتهم لخطر عقوبة [illegible] أمل في الاستفادة من التخفيف [illegible] يرى آخرون أن القانون الأصلح للمتهم هو الذي [illegible] الحد الأدنى للعقوبة وأن رفع الحد الأدنى ويعيب على هذا الرأي هو تطبيقه للقواعد [illegible] على أساس [illegible] [6]، ويتجه رأي ثالث إلى أنه على القاضي [illegible] الأصلح من القانونين [illegible] الحد الأدنى [illegible] أحدهما [illegible] ولكن [illegible] عنه قانون جديد [illegible]

(1) [illegible] عبد القادر [illegible]، قانون العقوبات القسم العام، ص:82.

(2) [illegible] عادل [illegible]، محاضرات قانون العقوبات، ص:51.

(3) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص: 96.

(4) [illegible] عبد القادر [illegible]، قانون العقوبات القسم العام، ص:83.

(5) ينظر: عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات القسم العام، ص:96.

(6) ينظر: عادل قورة، محاضرات قانون العقوبات، ص:52.

القانون والقاƟ لا ƨوة له و ƣع مŽل ƠǾ القانون الƴي ƠƬ هو ƺƧƆ lÔ ï Ï Ⱶ ƫ [1]، وا فيقة أن الرأي القائل بƍ Ǯ ô النص وا قارنة بينهما ƪ يان الواقعية ه Ï ? عليه ƥالبية الفقهاء[2]، وأن كان أكرƟ نƐ ƫت بƬرائيم رجƓ رأي Ȁ ƙر وهو القائل بأن القانون ƫ صلƓ هو الƴي يكون ƲƝ ه ƐƝ أƬ د ƺ إعلاء أقل وا د ƺ بƺأعلا ? ƺ ن ƺ كƬة هو عدƴ رجعية أƙر القوان العقابية ƴƫ وأن لا يعاقب ƫ نتهم بعقوبة ƅ يكون يتوقعها وقƦ ارƥكابه الفعل، أما ƺ اƥ ƺ يƺ ƥ د ƺ بƺأ ƴ ƫ ƐƝ ƬƠ كƬة ƺ ن ƺ ƫ اƥƺ يعه ƺ د ƺ ƴƺ متوقعة ƥالبƄ، وكƴ Ō ƫ توسع القاƟ ƪ ƴ ولƪ ƿ اƫ ƺ د ƺ بƺأƫ ƺ فرر بالاستعانة بƪ لƪ رو ‡ƫ فقة [3] .

والƴي نراƐ هو أن القاƟ له ƺ رية Ž ƥطبيƴ أي مƬ ب ƫ ƬƬ ب السƬ ƬƬ قة ƫ Ï ƪ ƺ أن يراعƟ ƆƝ ƺ Ž Ɛديد للقانون ƫ صلƓ للƬتهم مƪ ƪ ƫ لƫ ة الفرƔ وكƴ ƪ ƫ لƫ ƪ ة ƫ اعة، ƺ أن كƪ ƫ واقعة ƫ ƺ ƫ كƺ حسب مƥ ƺ سات ƺ رƺ ة وƺ روƪ ƫ ا ƲƝ وعواملƫ ƴ أƫ ƫ ƺ ? يƆ عب حƺ ƫ ƺ كلها لتفاعل ƫ تحديد القانون الواجب التطبيق .

4-ƺ عتƏ العقوبات السياسية أƠ ƺ من العقوبات العادية عند ƫ نوƥ ƫ ƺ رƺ ة (جناية أو جنحة) ويرجع ƺ ƫ Ō ƫ أن ƺ يقدر أن العقوبات السياسية أقل مساسا باعتبار ƫ كƫ و ƴ ƫ عليه من العقوبات العادية [4].

5-ƫ ƺ كان القانون القد يرصد للƺ رƺ ة عقوبة، وجاƐ القانون ƺ ديد يرصد ƫ ƺ ƫ ƺ دابƺ من ƫ ƺ بالقانون ƺ ديد هو ƫ صلƓ [5].

الشرƺ ƫ ƺ ƫ ƺ ƫ :سريان القانون ƺ ديد قبل صدور حكم ƪ ƫ ƫ على ƫ نتهم: ƫ ƫ ƺ كان قد حكم ƺ الدعوى ƪ ƫ ƫ ƺ صدر قانون جديد أƺ ƫ للƬتهم ƺ ƫ ƺ ƫ هو امتناƺ ƫ طبيقه احتراما للƫ ƫ ƫ ƫ ية التي اكتسبها ƺ كم النهائي [6].

---

(1) ينظر: أكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة ƫ قانون العقوبات ƫ قارن، ص:96.

(2) ينظر: عادل قورة، محاضرات ƫ قانون العقوبات، ص:52.

(3) ينظر: أكرم نشأت ابراهيم، القواعد العامة ƫ قانون العقوبات، ص: 96-97.

(4) عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات القسم العام، ص:127.

(5) عبد ƺ سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:97.

(6) سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، ص: 223. "ƫ ƫ ƫ ƫ هو الƴي ƅ يعد قابلا للطعن فيه با عارضة أو الاستئناف أو النقض".

وﻳﻄﺎﻟﺐ عبد ا! سليمان بأن قانون العقوبات الجزائري يجب أن يضع حدا لهذه الأمور كما أشارت إليه المادة 5 من قانون العقوبات اللبناني والسوري، والمادة 3 من قانون العقوبات المصري ومع ذلك لا بد من الضروري لان القول بغير ذلك يتعارض مع مبدأ عادل ومستقر في القانون وهو مبدأ حجية الأمر المقضي فيه واستقرار الأحكام[1].

الفرع الثاني:الاستثناءات الواردة على سريان القانون الجديد قبل صدور الحكم النهائي.

الاستثناء الأول: الاعتداد بالقانون الجديد الأصلح للمتهم و لو كان صادرا بعد الحكم في الدعوى: ثانيا: علمنا أنه يشترط لسريان القانون الجديد عدم صدور حكم نهائي على المتهم ولكن هناك استثناء وارد على هذا الشرط.

فقد أجاز المشرع الاعتراف بالقانون الجديد الأصلح للمتهم ولو صدر بعد الحكم النهائي في الدعوى ويقتصر أثر ذلك في حالة كون القانون الجديد يجعل الفعل غير معاقب عليه وبالتالي يظهر القانون الجديد في هذه الحالة التطبيق الفوري بعد الحكم النهائي في الدعوى لأنه كان يظهر أصلح إليه في التطبيق العقوبة المنسبة[2].

وقد نصت القوانين على ذلك ومنها قانون العقوبات العراقي في المادة 3/2 بقوله «إذا صدر بعد صيرورة الحكم نهائيا قانون يجعل الفعل أو الامتناع الذي حكم على المتهم من أجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية، ولا يمس ذلك في أي حال ما سبق تنفيذه من العقوبات، ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك، وعلى المحكمة التي أصدرت الحكم ابتداء أن تقرر وقف التنفيذ الحكم بناء على طلب المحكوم عليه أو الادعاء العام ».

كما نصت المادة 2/5 من قانون العقوبات المصري على «إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية»[3].

الاستثناء الثاني: القوانين المحددة الفترة ومبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم: والقوانين المحددة المدة على نوعين[4].

---

(1) عبد ا سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:97-98.

(2) ينظر : سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ،ص:225.

(3) أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص:102.

(4) عبد ا سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:99.

أ- قوانين تصدر لمواجهة حالة معينة يستمر القانون بوجوده وينقضي بانتهائها، كما جعل القوانين المحددة بطبيعتها.

ب- قوانين محددة سلفا بالنص القانوني على تحديد مدتها .

ويقضي هذا استثناء عدم رجعية أثر القانون الجديد الأصلح للمتهم أو للمحكوم عليه على الجرائم المرتكبة قبل نفاذه، لأن يترتب العمل بقانون مؤقت ساري سواء ألغى القانون الجديد تجريمها أو العقوبة المقررة لها وقد أكدت المادة 3/5 من قانون العقوبات المصري حيث نصت «في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها» [(1)].

الاستثناء الثالث: القوانين الشكلية وقاعدة عدم الرجعية: والقوانين الشكلية هي القوانين التي تنظم إجراءات الدعوى الجنائية كتشكيل المحاكم وبيان اختصاصها وشروط متابعة الدعوى، وتستبعد قاعدة عدم الرجعية في التطبيق في هذا المجال بالنسبة للأصل في القوانين، وهو وجوب تطبيق النص الجديد فورا [(2)].

المطلب السابع: قاعدة عدم رجعية النص الجنائي في التشريع الجزائري.

التشريع الجزائري أكد بدوره على غرار التشريعات الأخرى على ضرورة الأخذ بقاعدة عدم رجعية النص الجنائي وذلك بتأكيد عدم سريان النص الجنائي على الوقائع السابقة لوجوده وهذا من الدعائم الأصلية والركائز المتينة لمبدأ الشرعية وكذا من ضمانات حقوق وحريات الفرد.

أ- تقرير القاعدة في الدستور الجزائري [(3)]: جاء في نص المادة 46 ما يلي: «لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم».

ب- تقرير القاعدة في قانون العقوبات الجزائري [(4)]: نصت المادة 2 على «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة».

---

(1) ينظر: أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، ص:102.

(2) ينظر: عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ص:100.

(3) الدستور الجزائري ، 1996، المادة :46، ص:12.

(4) قانون العقوبات الجزائري، المادة: 2، ص:1.

ولما كان المشرع الجزائري أكد على القاعدة العامة وهي عدم رجعية النص الجنائي، فإنه كذلك نص على الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة وهي تطبيق مبدأ الرجعية إذا كان القانون أصلح للمتهم وهو ما يستفاد من نص المادة الثانية من قانون العقوبات في قولها «لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة»(1)، ولكن يشترط للقول بالرجعية أن يصدر القانون الأصلح للمتهم أي القانون الجديد قبل صدور الحكم النهائي، وهذا ما أكدته معظم التشريعات، إلا أن التشريع الجزائري لم ينص على ذلك كما نص عليه [illegible] وهو ما يعني أنه لم ينص على [illegible] في حالة ما إذا أصبح الفعل مباحا بعد صدور حكم المتهم.

وكذلك يعاب على المشرع الجزائري عدم بيان موقفه من القوانين المؤقتة والتي اعتبرتها أغلب التشريعات استثناء من مبدأ رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم.

ويمكن القول في نهاية البحث في مبدأ أهم المبادئ في النظرية الكاملة للشرعية [illegible] في الفرع وهو «عدم رجعية القوانين الجنائية» أن الشريعة الإسلامية تبنت هذا النص تطبيقا دقيقا، وأن ما ورد عليه من استثناءات ما كان إلا [illegible] كانت [illegible] جرائم معينة [illegible] حالات حرجة لا يمكن تطبيقها، وأن الشريعة الإسلامية راعت المصلحة العامة في [illegible] الجرائم، كما راعت المصلحة الفردية بوجود الرجعية حالة وجود تشريع أصلح للمتهم.

أما في القانون الوضعي فلا يمكن تطبيق القاعدة إلا في حالات وجود [illegible] الجرائم المستمرة وجرائم العود، وكذا [illegible] في التفسير [illegible] للقانون الأصلح للمتهم.

---

(1) قانون العقوبات الجزائري، المادة: 2، ص: 1.

خلاصة الفصل الأول.

ٲن ا Ę Ž ǂمǂǂ الفرǻي مكفول لǂǂǂاǻ Ž النǂرية العامة للتǂر والعقاǟ ومقرر علǂøǂ ǻعائم ǂǂǂ «مبدأ ǂرعية ا رائم والعقوǂات»، «مبدأ ǂǂǂية ا سǂولية ا نائية»، «ومبدأ عǂدøǂ اǂǂر الرجعǂ للقوا »، وأساǂ ǂقرير ǂǂǂا با ǂǂǂ ǂǂǂ ا Ę ǂمǂ، يعǂøوǻ ǂǂǂيتøها Ž ǂقيǂøĘ التواǂن الفرǻي مǂ ǂǂǂ ǂوǂ ǂǂ ǂمǂǂ والاستقرار والǂقة Ž السلطات ا وقعة للعقøǂاǟ، وعǂدøǂ ا ǂǂ ية مǂ ǂعسǂ الدولة، والتواǂن ا ǂǂاǂ مǂ ǂǂǂ ǂقيǂĘ مǂǂǂǂ ǂǂǂتǂع Ž القǂǂ علǂ الرǂيلة Ž مهدǂا، والقǂǂ علǂ ا ناǂǂ.

وأساǂ ǂقرير مبدأ الǂرعية، أن الفرǻ لا يǂمǂ علǂ نفسه وحرمة جسدǂ وحياǂه ا ǂاصة ǂلا ǂǂǂ ǂكد مǂ أن ا ǂǂ منǂوǂ ǂ عليه والعقاǟ ǂدǻ علǂ أساǂ ا رǂة ǂǂ ǂوǂ معاقبة اǂǂرǻ عǂøǂ ا رائم ǂلا ǂعد اعتبارǂا كǂøǂǂ ǂالعقاǟ ǂب أن يكون ǂو ركيǂǂ ǂøرعية وقانونيøة، والǂøريعة

ɋꞷƳمية سبقǨ الفوائ الوȊعية Ž ǃرساǉ قاعدǥ الȊرعية مȸ ǹƳ لǰ اɌيات القرآنية واƗ حاǻيȺƮ النبوية والقواعد اƗصولية كǸا أن منهǲها Ž كيفية ǖطبيǪ مبدأ الȊرعية كان منهǲا ǻقيقا وسديدا Ǻǋ أǋعد اǳ دوǻ والقǏاǏ جرائم اǳ دوǻ والقǏاǏ ǚǲن ǋنص ȉرعي، ولا سǴلطة للقاȑ ǺƳ Ž ǃتيار العقوǋة، أما Ž جرائم التعǄير ǖعرǃ مبدأ الȊرعية اǳ رونة Ž التطبيǪ وǋǹǲ مȸ ǹƳ لǰ ǃطǝ ǂلال السلطات التقديرية للقاȑ Ž ǖوقيع اǳ ǏǸ اناسب للاǃ ǺǏص اǳ ناسب، مع ǛديǭدȌƳ وǃȌواǋ ǂ وǃȌ وǖوقيع العقوǋات، أما مبدأ الȊرعية Ž القانون الوȑǹǸ ǺǴعي لا يعاƃ مȸ اǳ ǂǸوǏǻǅ وǃǭدȋǸ مسايرǥ النǙو ǃ القانونية للǲرائم اǳ ستǲدǭة Ž ǏǺǂǸ سرعة ǃجراǇات القاǈȊية ǋالتعديل.

والدعامة الǮانية Ǫ اƗ مȸǺ الفرǻي ǋǲ قاعدǥ «اǳ سǘولية اǳ نائية» اǳ قǜرر أن الفرǻ لا يǃ عر ǋاƗمان ǃǹǴ مساǉلته عȸ أǄعال ǃ يرǖكبها ǃǲǏيا أو ǃ يȊارǭ ǃ ǄيƮا، ǃ اسǘǭولية اǳ نائية ǖǏǃǺ ولا ǖتعلǪ ǃلا ǋفعل اǳ قǹ ǃǲƳ، ǃ كان سائد مȸ صور العقاǏ اǳ ǂǸاعǺƳ وا سǘولية القبلية.

والȊريعة اǃǏǃ الȊ مبدأ ǃǏǂǃية قبل الفوائ الوȊعية وǋǸǲ مȸ ǹƳ لǰ القǜرآن الكريم وأحاǻيث السنة، وا بدأ وǃن ǋǺǃǏ ȌǲǺǏ كل صǲ ǂǸ Ž الȊريعة وǃǲمية ومون قيوǻ ǃǭ مȸ أساǅ وجوǻǆ، ǃǜ ǃمر Ž القانون الوȑǹǸ ǃǜن سǃمة قاعدǥ اǳ ǃǏǂǃيǭ ةاǳسǘولية اǳ نائية ǋǭ ǃǏǂǃ ǃǃي، لا ǃǜ ǃǜǲ سǃمة ǖطبيقها Ž الواقع وǄفسǻا واǻ القانونية ǋالȊكل اǂǃǭ، ǹǏǃǭǂ والقانون يȊترǃ لتوقيع اǳ ǂǸ الفرǻي عدǃ الاȊتراǂ Ž اƲ رǋة، والقول ǋالاȊتراǂ أو عدمه ǃǜ ǃǜǳ مȸ قانون ǃǜǲ وǃǜǲ ما يǘǃǲر سلبا علǂ ǖطبيǪ القاعدǥ. أما آǃǲر مبدأ اǳ مȸ باǃǏǲ اǳ قررǥ Ž ǂǲǜǲ اƗ مǃ الفرǻي Ž النǜرية العامة للتǲرǃ والعقاǃ ǋǃ مبدأ«عدǃ ǃ ǃǏǹر الرجعǋ للقوائ اǳ نائية» أي أن أحكاǃ القوائ اǳ نائية لا ǖسري ǃلا علǂ اƗǄعال الǃ ǃǏ ǖقع ǋعد نفاǂǃǂ، وللمبدأ أǃمية كǃǲǂ Ž ǃǜǃǲ اƗ مȸ الفرǻي ǃǜǂ أن الȊǃص لا يǃ عر ǋا رية Ž ارǖكاǃ اƗ ǄعاǄ اǳ باحة ǃǃǲ كاǃǃ Ǩ كǃǲǃ Ž ǃǜǃطر للمساǉلة اǳ نائية علǂ أساǃ أǃǃ ورǥ.

والقانون الوȑǹǸ يǃǲǜǸ ǋا بدأ العاǃ وǋو عدǃ اƗ ǃǏǹر الرجعǋ للقوائ اǳ نائية وǃن كان ǖطبيǪ اǳ بدأ Ž ǋǃǏ ǂǜǃǲ كل ǂǜǃǲ رائم اǃǏǃ ǂǜǏ والعقوǋات فد يعرǃ ǃ يها اȊ ǃǂ رǃ ǃǜǳ روجا عȸ اƗصل العاǃ وصاǃ Ž «اǳ رائم اǳ ستمرǥ» و«جرائم الاعتياǻ» و«جرائم العوǻ» ǃǂ أǃǂ صمعوǋة ǖفسǃǂ القواǃ واǃǲǂ ǃيها مȸ ǖ ȊريعǃǏǃǃ، وكǃǲǃ الاǃǂǃ Ž ǃǂǃ ǖديد القانون اƗ صلǃ للمتهم، والتبايȸ Ž

ﺗﻬﻢ ا ـد اﺟ ﺑﹽ وا ـد اﺟﺓ؟Ô للعقوبة، وعدﻳ الاﺧﻔﺎﺀ Ž ﺗﺤديد الاستثناﺀات الوارﺩﺓ gعلى القاعدﺓ، وﻟﻐﺐ ما ﺟﻌﻞ ﺗﻄﺒﻴﻘﻬﺎ Ž القانون الوﺿﻌﻲ ﻳﺤ ﺳديد .

أما اﻟﻤﺸرﻉ ﻳﻜﺎن له الفﺼﻞ Ž ﺗﻘرير عدﻳ رجعية القوانين ا ـنائية وﺧﺼﻮﺻﺎ ﺗﻠﻚ النﺼﻮﺹ اﻟﻼ ﺟاﺀﺕ ﺑﻌد وﻗﺖ ﺻدور للجرائم والعقوبات ولتاريخ ﺗوقيع لفﻌﻞ العقوبة على الفعل ا ﺮﺗﻜﺐ، وأن الاستثناﺀات الوارﺩﺓ ﻋﻠﻰ ﺗﻠﻚ قاعدﺓ عدﻳ الرجعية Ž الﺘﺸريعة اﻟﻤﺸرﻉ ﺗﺠﺎﻩ التوالﻲ ﻟﻠﺤﻤﺎية ا ﻟﻘﺎﻧﻮﻧﻴﺔ ا ـﺸﺎعية وﺧﺼﻮﺻﺎ ﺗﻠﻚ جوالة الرجعية Ž حالة ا ـرائم ا ـاسة ﺑﺄﻣﻦ العاﻳ وﺣﻤﺎية ا ﻟﻘﺎﻧﻮﻧﻴﺔ الفرﺩية وﺧﺼﻮﺻﺎ ﻟﻮﺟﻮﺩ الرجعية Ž حالة وجوﺩ ﺗﺸريع Ž ﻣﺼﻠﺤﺔ ا ﻟﻤﺘﻬﻢ.

وﻳﻤﻜﻦ أن أﺧﻄﺐ Ž ﻫﺬا أن ﻧﺠﻌﻞ ﻣﻦ الفرﺩي Ž النﻈرية العامة للتجريم والعقاب ﻳﺸﻜﻞ معادلة مبنية على "معرفة ا ـرﺓ والعقوبة ﺑﺎﻟﻨﺼﻮﺹ ﺗﺸرعية وقانونية، ﺗﻄﺒﻴﻖ العقوبة على ﻧﺼﻮﺹ ا ﻟﻘﺎﻧﻮﻥ ﻓﻲ ، عدﻳ سريان النﺼﻮﺹ ا ـنائية على ا ﻟﻤﺎﺿﻲ ﺗﺤﻘﻴﻘﺎ ﻟﻠﺤﻤﺎية الفرﺩية Ž ﻇﻞ ﺍﻟﺤﻤﺎية ا ﻟﻘﺎﻧﻮﻧﻴﺔ ا ـﺸﺎعية" .

الفصل الثاني

حق الأمن الفردي في النظام الإجرائي الإسلامي والقانون الوضعي

- المبحث الأول: مبدأ قرينة البراءة.
- المبحث الثاني: حق الأمن الفردي في مرحلة التحقيق الابتدائي.
- المبحث الثالث: ضمانات السرية في تحقيق الأمن الفردي..
- المبحث الرابع: الضمانات المتعلقة بالقيود الواردة على حق الأمن الفردي.

ﻌﺪ ﻴﺺ الفﻞ ﻭﻝ ﻣﻪ البﺤﺚ للﺎنب النﻈﺮي للﻴﺚ ﻋﻦ البﺤﺚ ﻓﻲ ﻫﺬا ﺍﻟﻢ ﺗﺄﺻﻴﻞ ﻭﻨﻮ
والدعائم والﻲ ﺗﻌﺘﻤﺪ ﻋﻠﻴﻬﺎ ﻓﻲ ﺍﻟﻤﻪ الفرﺩي سﻨﻮاصل البﺤﺚ ﻓﻲ ﻫﺬا الفﻞ ﻭﺍﻟﺎﻟﻮﻟﻮج ﺃﻛﺜﺮ
ﻓﻲ ﺍﻧﺐ ﺍﻹﺟﺮائﻴﺔ، ﻭﺍﻟﺎﻟﺎستعرا ﺃﻫﻢ الضﻤﺎنات الﻲ ﺗﻜﻔﻞ ﺣﻖ ﺍﻟﻤﻪ الفﺮﺩي ﻓﻲ النﻈﺎم
ﺍﻹجرائﻴﺔ، والﻲ كانﺖ نتاجاً للنﻈﺮية العامة ﺍﻟﺎصة ﺑﺒﺪﺃ ﺍﻟﺮوعية ومبدأ ﺍﻟﺮﻋﻴﺔ، وكﺬا مبدأ
عدم رجعية النص ﺍﻟﺎﺋﻲ. ﻭﺍﻟﺎ أن ﻫﺬا الفﻞ سيكون ﻣﺤﻞ الدراسة ﻓﻴﻪ قانون ﺍﻹجراءات ﺍﻟﺎئية،
ﻫﺬا القانون الﺬي ﻳﺤﻘﻖ العدالة وﺍﻟﺮية الفﺮﺩية ،كﻤﺎ أنه ﻳﺤﻘﻖ ﺍﻟﺎﻟﺔ العاﻟﺔ ﻓﻲ ﺣﻤﺎية الفرﺩ وﺍﻟﺎ
ﻓﻲ ﺣﺎلاته ﻓﻲ ﻇﻞ ﺍﻟﻀﻤﺎنات الﻲ لا ﺗﻜﻔﻞ أن ﺗﺪينه ﺇﻻ ﺇﻥ ﺗﻮﺻﻞ ﻓﻴﻪ ﺍﻟﺎﻟﺔ، ﻭﻓﻲ ﻇﻞ ﺣﻤﺎية ﺍﻟﺘﻤﻊ ﻭﺗﻘﺮﻳﺮ
ﻣﺼﻠﺤﺘﻪ ﻣﻪ ﺍﻟﻤﻞ ﻓﻲ ﺍﻟﻤﻪ ﺗﺤﺮﻳﻚ ﻳﺪ ﺇﻻ ﻣﺘﻰ ﺗﻮﻓﺮت الدلائل ﻭﺍﻟﺮﻭﻁ ﺍﻟﻼﺯﻣﺔ ﻟﺬﻟﻚ.

وسيﺘﻢ ﻫﺬا الفﻞ ﺩراسة مبدأ قرينة ﺍﻟﺮﺍﺀﺓ ﺑﺎعتبارﻫﺎ الدعامة الرئيسة والﻀﻤﺎن ﺍﻷﻭﻝ ﻟﺤﻖ
ﺍﻟﻤﻪ الفرﺩي ﻓﻲ النﻈﺎم ﺍﻹجرائﻴﺔ، وكﺬا أﻫﻢ الﻀﻤﺎنات الﻲ ﺃﺣﻴﻂ ﺑﻬﺎ ﺍﻟﺘﻬﻢ ﻓﻲ مرحلﺔ الاستدلال
والتﺤﻘﻴﻖ الابتدائﻴﺔ ﻭﺍﻟﻚ الﻀﻤﺎنات الﻲ ﺗﻌﺪ ﺑﻤﺜﺎﺑﺔ الدرﻉ الواقﻲ للمتهم ﻓﻲ سبيل مواجهﺔ ﺍﻟﻈﻠﻢ
والاحتقار الﺬي قد يواجهه ﻣﻪ السلطة القﻀﺎئية ﺧﺎصة، وسلطات الدولة عامة، كﻤﺎ أن الﻀﻤﺎنات
ﺗﺴﺎﻫﻢ ﻭﺑﺸﻜﻞ مباﺷﺮ للقول ﺑﺤﺮﻳﺔ الفرﺩ أو العكﺲ، ﺇﻻ ﻥ الفرﺩ ﺩون ﺗﻘﺮﻳﺮ ﺗﻠﻚ الﻀﻤﺎنات قد يﻀﻴﻊ
ﺣﻘﻪ ﻓﻲ ﺍﻟﻤﻪ ﻣﻦ ﺧﺼﻮﺻﻴﺘﻪ ﻓﻲ ﺍﻟﺮﺣﻠﺔ ﺍﻷﻭﻟﻰ ﻣﻪ التﺤﻘﻴﻖ والﻲ ينﻈﺮ ﺇﻟﻴﻪ ﻓﻴﻬﺎ
ﻌﻪ ﺍﻟﺮﻭﻁ والاﺷﺘﺒﺎﻩ ﻋﻠﻰ ﺃﻧﻪ العكﺲ أو يتﺤﻘﻖ ﺣﻜﻢ ﺍﻹﺩﺍﻧﺔ.

كﻤﺎ ستﺸﻤﻞ الدراسة التﺤﺪﺙ ﻋﻦ السرية ﻭﺗﻀﻤﻴﻨﻬﺎ ﻓﻲ ﺣﻤﺎية ﺣﻖ ﺍﻟﻤﻪ ﻭﺍﻟﺎ ﻣﻪ ﺍﻟﺘﻞ
ﺣﻔﻆ ﺍﻟﻴﺎﺓ ﺍﻟﺎصة، وحق الفرﺩ ﻓﻲ ﺍﻟﺼﻮصية، ووقايته ﻣﻪ التﺸﻬﻴﺮ ، ﻋﻠﻰ أن ﻳﺘﻢ البﺤﺚ ﺑﺎلتﺤﺪﺙ
ﻋﻦ القيوﺩ الوارﺩﺓ ﻋﻠﻰ ﺣﻖ ﺍﻟﻤﻪ الفرﺩي كﺎمر التفتيﺶ والقبﺾ، وأمر ﺍﻟﻀﺒﻂ ﻭﺍﻟﻚ للتعرض ﻋﻠﻰ
ﺇمكانية استﻤﺮار امتﻼﻙ الفرﺩ ﻟﺤﻖ ﺍﻟﻤﻪ مع وجوﺩ ﺗﻠﻚ القيوﺩ، ﺑﻐﻴﺔ ﺩراسة ﻓﻌﺎﻟﻴﺔ الﻀﻤﺎنات
ﺍﻟﺮﺍﻓﻘﺔ ﻟﻺﺟﺮﺍﺀ عند ﺗﻘﺮﻳﺮ قيد ﻣﻪ القيوﺩ.

وﻫﺬا كله ﻓﻲ سبيل ﺗﻘﺮﻳﺮ ﺿﻤﺎنات ﺗﻤﻬﻴﺪية للمﺤﺎكﻤﺔ ﺑﺎعتبارﻫﺎ مرآﺓ العداﻟﺔ، والفيﺼﻞ
الوحيد ﻓﻲ ﺗﻘﺮﻳﺮ ﻣﺼﻴﺮ ﺍﻟﺘﻬﻢ، ﻷﻥ ﺍﻟﻤﺤﺎكﻤﺔ يفترض ﻓﻴﻬﺎ الاحتكام للقانون ومعاملة ﺍﻷﻓﺮﺍﺩ ﻋﻠﻰ ﻗﺪﻡ
ﺍﻟﺴﺎواﺓ، وﻫﺬا لتﻤﻜﻴﻦ ﺍﻟﺘﻤﻊ ﻣﻪ ﺍﻟﺤﺪ ﻣﻪ ﺍﻟﺠﺮﻳﻤﺔ، وكﺬا ﺗﻤﻜﻴﻦ ﺍﻷﻓﺮﺍﺩ ﻣﻪ ﻣﺎرسة حقوقهم والدﻓﺎﻉ
ﻋﻦ أنفسهم ﻣﻪ أي ﺗﻬﻤﺔ قد ﺗﻮﺟﻪ ﻟﻬﻢ ﺗﺤﻘﻴﻘﺎً للمﻮاﺯﻧﺔ ﺑﻴﻦ ﻣﺼﻠﺤﺔ ﺍﻷﻓﺮﺍﺩ ﻭﻣﺼﻠﺤﺔ ﺍﻟﺘﻤﻊ.

المبحث الأول: مبدأ قرينة البراءة.

ومبدأ قرينة البراءة من المبادئ الأول والقوية في الإجراءات الجنائية في الإسلام و القانون الوضعي، فالفرد لا يستطيع الكلام عن الأمن الفردي دون تقرير مبدأ البراءة، فالفترض في المتهم البراءة حتى يوفر له قدر من الطمأنينة والاستقرار في مواجهة من يدينه أو يحاول اتهامه عبثا.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ قرينة البراءة وأصله في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الفرع الأول: مفهومه.

عرفه محمد محمد بقوله « معاملة الشخص متهما كان أو مشتبها فيه في جميع مراحل الإجراءات ومهما كانت جسامة الجريمة التي نسبت إليه على أنه بريء حتى تثبت إدانته بحكم بات وفقا للضمانات التي قررها القانون للشخص في كل مراحله »[(1)] . وإن كان التعريف جامعا مانعا، حيث عرف أصل البراءة وفي معناه، إلا أنه مطول، ومن التعريف التالي: « افتراض براءة المتهم ومعاملته على أساسها في جميع الإجراءات حتى يثبت جهة قضائية إدانته وفقا لما يقرره القانون من ضمانات » .

الفرع الثاني: أصل مبدأ البراءة.

البند الأول: أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية.

عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ قرينة البراءة منذ أكثر من أربعة عشر قرنا في القرآن الكريم وكذا أحاديث السنة والآثار، كما أن أصل المبدأ في الشريعة الإسلامية، مستمد من القواعد الأصولية الثابتة.

أولاً: *القرآن الكريم*: **قوله تعالى:** ﴿يَـا أَيُّـهَـا الَّـذِيـنَ آمَـنُـوا إِنْ جَـاءَكُـمْ فَـاسِقٌ بِـنَـبَـإٍ فَـتَـبَـيَّـنُـوا أَنْ تُـصِـيـبُـوا قَـوْمـاً بِـجَـهَـالَـةٍ فَـتُـصْـبِـحُـوا عَـلَـى مَـا فَـعَـلْـتُـمْ نَـادِمِـيـنَ﴾ [(2)]**.**

وقوله أيضا: ﴿ وَإِنَّ الـظَّـنَّ لا يُـغْـنِـي مِـنَ الْـحَـقِّ شَـيْـئـاً ﴾[(3)]**.**

ثانيـاً: *السنة النبوية*: **تقرر المبدأ من آثار وأحاديث عديدة منها، قوله صلى الله عليه وسلم «ادرءوا الحدود بالشبهات»، وروي عن عائشة أنها قالت قال عليه السلام: «ادرءوا الحـدود عـن**

---

(1) محمد محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، (دار الهدى ، الطبعة الأولى، 1991-1992)ج3 ، ص :225.

(2) القرآن الكريم، سورة الحجرات، 6.

(3) القرآن الكريم، سورة النجم، 28.

المكلميǂ ما اǫǝƫǗǠǎا ŐǫǞǿ ƓǠǴǠǟ اولǆǼƅ Ɛ٤ǆǠƨ ƌǴ كاǞ ǞǿƷ ƓǠǴǠǕ Ƕ ملما ƾƌǞ ǁƷ يǆǖƧǖǍƸ ǠǋǖǍƸ وǗǊǼا اǠ
ǊƸير مǂ أǞ يǆǖƧǖǍƸ اǠǋǖǍƸ اǨوبة»[1]، وقوله عليه اǠǽƧƸǋ والسǽƷƺ «كƸ مولود يولـد علـǺ
اǠƿǚرة ǝǚبوا يǊƸودانǊ أو ينǎرانǊ أو يمجسانǊ كمƸ اǊǋƸيمة ǧǂƫǠ اǊǋƸيمة Ƹǁ ǊƸـǼ ǊƸـǁ
ǝيǊƸا ǆدعاء»[2].

ثالثاً: *القواعد الأصولية:* **ǝناك قواعد أصولية قررت مبدأ اǠǝǞǼǫ ومنǶها "استǎǋƸاǠ ǑǶǝǞǼǫ"[3]**

وقاعدǞ "اǨصل ǥراǞǼǫ اǶǀمة" وقاعدǞ " اليقƸ لا يǊƸول ǥاǠǋǍ"[4]. ǝǋǦ أن اليقƸ Ƹǁ ǥراǞǼǫ اǠǋǍصǺ لاǊƸيول ǥوجوǊ أǊǠلة مǋكوكاǊ ǝيها ǖǀدينه.

البند الثاني: أصل المبدأ في القانون الوضعي.

أصل اǠبدأ اǠǝƺن حقوǑ اǫنسان اǊǋƸǠǝǝرǞ سنة 1789 أǦان اǧǂورǞ الفرنسǶية، ƻ ǁǝǶǆǖƫ

اǫǝƺن اǠعاƸ حقوǑ اǫنسان اǊǋƸǠǝǝرǊ 1984، ƻ جاǝǞ ǥعد ǝǋǦ الاǊǊǟفاقية اǨوروǥية ǊǟǋƸاية حقوǑ

---

(1) أǊǨرǖǀه: الترمǶǀي، السǼن، ǁǋتاب اǆدود، باب (ما ǖǀǠاء Ƹǁ درء اǆدود) رقم الحديث (1424)، 25/3.
من طريق: يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروǞ عن عائشة عن الله صلى الله عليه وسلم قال: (ادرؤوا اǆدود عن المسلمين ما استطعتم ..... العقوبة).
قال الترمǶǀي: (... لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروǞ عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم، ورواه وكيع عن يزيد بن زياد نحوه ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح).
_ ابن ماجة،السǼن ، ǁǋتاب اǆدود، باب (الستر على المؤمن ودفع اǆدود بالشبهات: رقم اǆديث 2545، 850/2، من طريق إبراهيم بن الفضل عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هريرǞ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أدفعوا اǆدود ما وجدتم له مدفعاً):
_ قال مصباح الزجاجة: (هǶǀا إسناد ضعيف، إبراهيم بن الفضل المخزومي، ضعفه أحمد بن معين والبخاري والنسائي والأزدي والدارقطني، وله شاهد من حديث عائشة رواه الترمǶǀي والحاكم مرفوعاً وموقوفاً بلفظ: " ادرؤوا اǆدود عن المسلمين ما استطعتم "، وقال: كونه موقوفاً أصح). 103/3.
- قال نصب الراية: قال عليه السلام " ادرؤوا اǆدود بالشبهات: قلت: غريب بهǶǀا اللفظ" 508/3.
(2) أǊǨرǖǀه: البخاري، الصحيح، ǁǋتاب اǆǼائز، باب " ما قيل في أولاد المشركين" رقم اǆديث (139) 208/2.
(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي (دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة 1998)، ص: 118 إلى 124.
(4) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، (دار الجيل-بيروت- 1973)، ص: 339-340.

الإنسان والحريات الأساسية الصادرة سنة 1950، كما أقرت به محكمة ستراسبورغ في ألمانيا سنة 1979 حيث أقرت أن قرينة البراءة مبدأ أساسي في القانون الجنائي(1).

البند الثالث: أصل المبدأ في التشريع الجزائري.

أصل المبدأ في الدستور 1996 حيث تنص المادة 45 « كل شخص يعتبر بريئا، حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون» ولكن قانون الإجراءات الجزائية لم يتضمن في نصوصه نصا يقرر فيه مبدأ افتراض البراءة(2). ولكن هذا لا يعني عدم تضمن قانون الإجراءات الجزائية لهذا المبدأ ويعتبر ركيزة أساسية في الشرعية الإجرائية التي تقرر القيود على حدود ما منحه القانون للسلطة العامة في تطبيق القانون وتوقيع العقاب(3).

وإن كان المبدأ قد تقرر في الدستور الجزائري، والدستور أسمى القوانين إلا أنه على المشرع الجزائري النص عليه في الأحكام التمهيدية لقانون الإجراءات الجزائية، وذلك للتأكيد عليه باعتباره ضمانا رئيسيا للمتهم في جانب الإجراءات.

المطلب الثاني: نتائج مبدأ أصل البراءة.

لا شك أن أصل البراءة ضمانا أساسيا في يد الفرد عامة والمتهم خاصة في مواجهة الإجراءات التحري والتحقيق، وخصوصا وأن المبدأ يحمي كرامة الفرد ويجعله أمنا على نفسه وحريته من أي تعسف أو ظلم، كما يسهل عليه الدفاع عن حريته وبراءته، ويعتبر هذا المبدأ أصل البراءة يترتب عنه نتائج هامة تعتبر في الوقت ذاته ضمانات شرعية أساسية ومن بينها:

الفرع الأول: حماية الحرية الشخصية للمتهم: **تعتبر قرينة البراءة سياجا يقي الحريات الشخصية من أي تعسف أو تحكم من طرف أجهزة التحري عن الجرائم، إذ الشخص لا يطالب بإثبات براءته لأن ذلك أصل وحقيقة ثابتة(4).**

---

(1) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:231-232.

(2) عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي الاستدلال (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2004) ص:60.

(3) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (التحري والتحقيق)، (دار هومة، طبعة 2004) ص:24.

(4) ينظر: أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية (دار هومة، 2003) ص:71.

والقانون وإن كان قد ألزم القاضي الجنائي بالقيام بجميع الإجراءات، إلا أنه قيده بأساليب وأشكال معينة، ويمكن تقسيم القيود إلى نوعين[1].

النوع الأول: وهو النوع الموضوعي والذي يتمثل في القواعد الدستورية المتعلقة بالحرية الشخصية والأصل في الإنسان البراءة.

النوع الثاني: وهو النوع الشكلي والذي يتمثل في الإجراءات الجوهرية التي يستلزمها القانون عند المساس بالحريات والتي تتمثل في نوعين (البيان الكتابي كالتاريخ والتوقيع والتسبيب لأوامر التفتيش) ونوع متعلق بالشخص (كالاستجواب أو حضور المتهم أثناء التفتيش).

الفرع الثاني: الشك يفسر لصالح المتهم.

تلتزم المحاكم في الدعوى الجنائية بأن تبني أحكامها على الجزم واليقين، لا على الظن والاحتمال، ذلك أن بناء الأحكام على اليقين وحده هو الأصل في الإنسان البراءة، ولا يمكن نقض هذا الأصل[2]. وأساس هذا المبدأ هو أن القاضي عندما لا يطمئن لثبوت التهمة ونسبتها للمتهم أو عندما تكون الأدلة المقدمة غير كافية يكون القاضي ملزما بإصدار حكم البراءة[3].

ونفس المبدأ الذي يقول به أصحاب النظام المعاصر هو ما قاله من قبل فقهاء الشريعة في قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"[4]. كما أن قرينة البراءة تفترض أن كل شخص مهما كان وزن الأدلة أو قوة الشكوك التي تحوم حوله فهو بريء وهكذا ينبغي أن يعامل إلى أن تثبت مسئوليته بمقتضى حكم قضائي صادر عن القضاء المختص[5].

الفرع الثالث: نقل عبء الإثبات على النيابة العامة.

إن مبدأ الأصل في الإنسان البراءة يفترض عدم مطالبة المتهم بتقديم الأدلة على براءته وهو أمر يتطلب من القاضي الجنائي إصدار أمر بأن لا وجه للمتابعة لعدم كفاية الأدلة، ذلك أن الأدلة الإثبات

(1) ينظر: درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، (منشورات عشاش، الجزائر)، ص:62.

(2) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات دراسة تأصيلية انتقادية، (دار الجامعة الجديدة للنشر 1996) ص:113.

(3) عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه النظرية والتطبيق، (منشأة المعارف 1996)، ص:32.

(4) محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه وحقوق الدفاع من العهد البربري حتى الاستقلال، (دار الهدى، عين مليلة، الطبعة الأولى، 1991) ج1، ص:112.

(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:66.

وإنما تقع على عاتق النيابة العامة باعتبارها ممثلة الاتهام؛ إذ الأصل في المتهم البراءة، لأنه مدعى عليه، وأن عبء الإثبات على النيابة العامة التي تقوم بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها[2]. فالأصل البراءة حتى يثبت العكس، فالمتهم غير مطالب بإثبات براءته، وإنما ينقل الإثبات على المدعي بحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[3] وقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[4] وقوله: «بينتك أو يمينه»[5].

ولكن القول بأن عبء الإثبات يقع على عاتق النيابة العامة مسلم به كقاعدة عامة، إلا أنه ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات على البيانات في حالة يكون فيها على المتهم عبء إقامة الدليل على صحة دفاعه ومنها إثبات المتهم توافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، أو مانع من موانع المسؤولية كالإكراه[6].

وخلاصة القول أن قاعدة البراءة تقتضي أن عبء الإثبات على النيابة العامة، إلا أن هناك استثناءات لصالح المتهم، أما الاستثناءات التي تكون لصالح سلطة الاتهام، وعدم إثبات المتهم لبراءته يفقد القاعدة شرعيتها.

المطلب الثالث: تطبيقات مبدأ أصل البراءة في الفقه الجنائي الإسلامي.

إن مبدأ الأصل في الإنسان البراءة مبدأ عالمي، كرسته الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنا، وهو مستمد من قاعدة "ادرؤوا الحدود بالشبهات" هذه القاعدة التي أساسها العقول الحرة والأحكام التي [illegible] الفقهاء...

---

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:240.

(2) قرار صادر يوم 25 أكتوبر 1985 القسم الأول من الغرفة الجنائية الثانية الطعن رقم 131، 35، [illegible] بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية (الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001)، ص:17 .

(3) أخرجه: الترمذي، السنن ،كتاب الأحكام، باب (ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه). رقم الحديث (1341)، 626/3، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه). قال الترمذي: (هذا الحديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبد العزيز يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره). قال في "التلخيص": رواه الترمذي، والدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناده ضعيف)، 229/4. نصب الراية (والحديث في الصحيحين بلفظ): لكن اليمين على المدعى عليه، 214/4.

(4) أخرجه : البخاري،الصحيح، كتاب الكتب (الشهادات: باب" إذا أدعى عن شيء فعليه أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة"، رقم الحديث (35)، 11/4.

(5)أخرجه : البخاري، الصحيح ، كتاب التفسير ، باب "إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم ..." رقم الحديث (4550)، فتح الباري: 8/ 213.

(6) نصر، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:64.

الإنسانية في الشريعة الإسلامية، والنظرة العقابية الإسلامية تتسم بالقسوة وعدم الرحمة، وهذا ما يدعو إلى ضرورة دراسة هذه القاعدة من حيث مشروعيتها بالذات، والفقه الجنائي على أسسها وضوابطها، والترجيح بين الفقهاء عند الجمهور. (في اعتبار حديث الشبهات) وأن الفهم الصحيح لها.

فهل تقوم فكرة "درء الحدود بالشبهات" كأساس للمتهم في كفالة حقه في الأمن الفردي، وهل تصلح في جرائم الحدود، والجرائم التي عقوبتها محددة من الشارع، ولا سلطة للقاضي في الأمر إلا في التقدير في إمكانية توقيع عقوبات الحدود، فتأكيد أصل "درء الحد بالشبهة".

ومن الشبهات التي قيل بها في نقد هذه القاعدة : أن النظرية العقابية في الإسلام في جملتها نظرية قد فات أوانها، ويجب أن يتطور ليتناسب مع المتغيرات، ومنها أيضاً أن العقوبات الإسلامية قاسية ووحشية وبدائية ولا تتناسب مع كرامة الإنسان، فالعقوبات بدنية تعيب جسد الإنسان(1).

وتتجلى أهمية أصل الدرء في حماية حق الإنسان في الأمن الفردي، وكذا في بيان حكمة ومقاصد الشارع من تحديد وتشديد عقوبات الحدود، ولذا سنحاول الرد على هذه الشبهات والتأكيد على قاعدة "درء الحدود بالشبهات" أعظم من الرد على الشبهات بتأصيل قاعدة درء الحدود بالشبهات!

الفرع الأول: تعريف الشبهة.

البند الأول لغة: والشبهة في اللغة الالتباس، وأمور مشتبهة، ومشبهة مشكلة يشبه بعضها بعضاً(2)

البند الثاني: تعريف الشبهة شرعاً: وردت تعريفات عدة للشبهة ومنها:

أ- تعريف الحنفية: اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت(3)

وتعريف الحنفية للشبهة تعريف قاصر لأنه ليس له مدلول أو معنى.

ب- تعريف أبو زهرة "الحال التي يكون عليها المرتكب أو تكون في الواقعة المرتكبة ويكون معها المرتكب معذوراً في ارتكابها، أو يعد معذوراً عذراً يسقط الحد، ويستبدل به عقاباً دونه(4).

وتعريف أبو زهرة للشبهة، فيه بيان ليس معناها، لكنه تعريف "غير مستقيم" من حيث الألفاظ المتداولة في التعريف (مرتكب، ارتكاب) والتي نوعاً ما في فهم التعريف.

---

(1) ينظر: الشبهات والرد عليها، محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص:135 وما بعدها.

(2) ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص:504.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص:36.

(4) أبو زهرة، العقوبة، ص:199.

ورغم عدم التحديد في معنى الشبهة لغة، أدى إلى صعوبة تعريفها اصطلاحاً، كما أدى إلى الالتباس في القاعدة أو عدم القاعدة.

ﮋ ـ تعريف الشيخ أبو زهرة: والتعريف الذي نختاره افتراحه للشبهة هو "ما يؤدي لاستبدال عقوبة الحد بغيرها، أو سقوطها، لقصور في إثبات الجريمة".

الفرع الثاني: حجيتها.

ذهب الفقهاء في اعتبار الشبهات مسقطة للحدود على مذهبين:

المذهب الأول: هو رأي جمهور الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، ضرورة العمل بقاعدة درء الحدود بالشبهات.

المذهب الثاني: وهو رأي ابن حزم الظاهري، الذي يرى خلاف رأي الجمهور، وذهب إلى عدم اعتبار الشبهة مسقطة للحدود[1].

الفرع الثالث: أصل أدلة الجمهور وابن حزم في اعتبار أو عدم اعتبار الشبهة.

البند الأول: **أدلة الجمهور في العمل بالشبهة.**

هناك أدلة كثيرة من الأحاديث أو من الآثار النبوية أوردها الجمهور للتأكيد على اعتبار الشبهة مسقطة للحد.

أولاً: من السنة.

أ- عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"[2].

ب- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً"[3].

(1) ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري (دار الفكر، 1988)، ج12، ص:57.

(2) مرجع سبق ذكره، ص: 97.

(3) مرجع سبق ذكره، ص: 97.

ت- **قوله صلى الله عليه وسلم:** "لو رجمت أحدا بغير بينة [illegible] امرأة كا[illegible]ر [illegible] السوء. قال أبو [illegible] يوم [illegible]"(1).

ث- **قوله عليه السلام:** "لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها"(2).

ثانيا: من آثار الصحابة.

أ- **عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:** "لأن أخطئ في درء الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات"(3).

ب- **عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال:** "ادرءوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم"(4).

البند الثاني: أدلة ابن حزم في عدم الأخذ بحديث الشبهات.

استدل ابن حزم في رأيه في عدم اعتبار الشبهة في إسقاط الحد بالأدلة التالية:

أ- **قوله تعالى:** ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(5)، **فأوجب الله تعالى حفظ حدوده، ولا يحل انتهاكها(6).**

ب- **قوله عليه السلام:** «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس»(7)، **فاستدل ابن حزم ومنه القائل مطالب أن لا يقع في الشبهات فيقول "... وكذلك نقول أنه من جهل أحرام هو أم حلال فالورع له أن يمسك عنه، ومن جهل**

---

(1) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، "باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: لو كنت راجما بغير بينة"، رقم الحديث (53)، 97/7.

(2) أخرجه: ابن ماجة، السنن، كتاب الحدود، "باب من أظهر الفاحشة"، رقم الحديث (2559)، 855/2.

قال البوصيري في مصباح الزجاجة: "هذا إسناد صحيح رجاله ثقات وله شاهد في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عباس أيضا وغيره، ورواه الحديث ابن ماجة" 106/3.

وذكره في الزوائد، "إسناده صحيح ورجاله ثقات" 855/2.

(3) سبق تخريجه، ص: 97.

(4) سبق تخريجه، ص: 97.

(5) القرآن الكريم، سورة البقرة، 229.

(6) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص:58.

(7) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الإيمان، باب "فضل من استبرأ لدينه"، رقم الحديث (51)، 35/1.

أمر بها ولا أمر [illegible] ومن جهل أوجب الحد أم لا [illegible] أن لا يقيمه [illegible] والدماء حرام"(1).

ت- يعتبر [illegible] أن حديث " ادرءوا الحدود بالشبهات" [illegible] معنا الشبهات وأنواعها [illegible] فيقول: "[illegible] أحد أن يقول [illegible] لا يريد أن يسقطه حدا، [illegible] أن يقول [illegible] كان لغو [illegible] الشبهة، [illegible]"(2).

الفرع الرابع: مناقشة الأدلة.

البند الأول: مناقشة أدلة الجمهور

وأما ما وجه [illegible] لأدلة الجمهور، [illegible] الذي يتخلل أسانيد الحديث [illegible] عفه الترمذي وقال عنه البخاري منكر الحديث(3).

[illegible] أن الطرق الأخرى [illegible] منها الحديث، [illegible] صلى الله عليه وسلم نص، ولا كلمة، [illegible] كلها لا [illegible](4).

الرد على الانتقادات الموجهة للجمهور: [illegible] أن يرد عليها [illegible]:

1- أن كثرة الروايات [illegible] الرفع والوقف يدل على أن الحديث له أصل [illegible](5).

[illegible] "[illegible] على الرفع [illegible] على أن الحدود تدرء بالشبهات(6).

2- وردت أحاديث وآثار [illegible] يدل على [illegible] للرسول صلى الله عليه وسلم [illegible] العفو [illegible]،

(1) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص:60.

(2) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص:60.

(3) [illegible] ص: 97. وعبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 268، 269.

(4) ابن حزم، المحلى بالآثار، ج12، ص:59.

(5) [illegible]، الشبهات [illegible] الحدود، (دار ابن حزم، الطبعة [illegible] 2003) ص:27.

(6) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج5، ص: 249.

كان ... أن يخطئ في العقوبة خير[1]، ويقول ... كان ... مقطوعة ... من جهة الآخر ... كان ... فيه ... يلتفت إلى قائله ولا يعول عليه"[2].

3- أن الحديث تلقته الأمة بالقبول وعملت به، ولم يقم الصحابة، ولا التابعون ولا الفقهاء من بعدهم بإسقاط الحدود مع وجود الشبهات[3].

4- أن قاعدة درء الحدود بالشبهات لها أصل من الأحاديث الصحيحة، كقوله عليه السلام: "لو رجمت أحداً بغير بينة ... امرأة كانت ... قال أبو ... الحد ..."[4].

5- جاء في المغني: "... الحدود تدرأ بالشبهات. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهة"[5].

6- كتب أبو زهرة أن "الحد يدفع بكل شبهة لأن ... وجب ... وجعله رمزاً مانعاً، فدل أن يكون عاماً جامعاً، وحسب الأمن أن يكون ... يد مقطوعة كل عام ليكون مانعاً زاجراً، ... كل سارق ... ما ... يكون الامتناع عن السرقة"[6].

البند الثاني: الرد على أدلة ابن حزم.

إن ما أورده ابن حزم من أدلة لا يعد كافياً لبيان موقفه، وأن أدلته هي أدلة عامة لا تؤيد ما ذهب إليه، ... والجمهور ... الحديث ... وبالوقائع العملية، ... الفقهاء لهذا الحديث، وتأكيدهم على قاعدة درء الحدود بالشبهات.

وسنحاول الرد على أدلة ابن حزم في النقاط التالية:

1- الاستدلال بالآية "تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا"[7]، ليس فيه نص على أنه ... أنه قام الشبهة وسقط الحد تعدي على حدود الله!، ويفسر ابن حزم ... الفقهاء للشبهة

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 270.
(2) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج5، ص: 249.
(3) عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، ص:27.
(4) سبق تخريجه، ص: 42.
(5) ابن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، (دار الكتاب العربي، 1983)، ج10، ص:155.
(6) أبو زهرة، العقوبة، ص: 199.
(7) القرآن الكريم، سورة البقرة، 229.

علىٰ ٱلفقهاء لا يقع ٱلأ ٱلٱٱ ٱلٱٱ ٱلٱ وجد القاƟ ٱ ٱبهة قوية أسقط ٱٱ لا تعطل ٱ !! ٱدود، ٱٱ ٱروو ٱٱ
أسقٱ ٱوجبها ٱ ٱد، وٱٱ ٱٱ ٱكلة ٱٱٱية راع ٱ ٱ جرائم ٱ ٱدود، ٱٱٱٱ ٱٱٱ
ٱثبات ٱيها ٱ ٱع ٱٱ لة قطعية وٱروو ٱٱكلة.

2- أما استدلاله ٱا ٱديث " ٱ ٱ ٱ وا ٱ ٱ ٱ "⁽¹⁾ ٱ أن القاƟ مطالب ٱٱ ٱن لا يقع ٱ
ٱ ٱتبهات، ٱٱ يرٱ عليه ٱان للٱبهة ٱواٱ معينة وقيوٱ ٱاصة، ٱوجبها يتٱ ٱ القاٱ
ويبٱل ٱارٱ جهدٱ ٱ سبيل ٱثبات الٱبهة، أو ٱسقاٱها، ٱالقاƟ ملٱ ٱعدٱ ٱسقاٱ ٱ ٱد
ٱٱع ٱٱ ٱٱ، ٱن ٱقامة ٱ ٱدوٱ واجبة.

3- ٱٱب ٱ ٱ ٱٱ أن ٱ ٱديث ٱ يوٱٱ معٱ ٱ الٱبهة وأنواعها وٱواٱطها ويرٱ عليه ٱان عدٱ
التوٱٱ لٱٱ سبٱ ٱ رٱ ٱ ٱديث، ٱل أن ٱ ٱحاٱٱيث ٱ ٱ ٱلها ٱصٱٱ ٱٱحكاٱ، ٱ يتكفل
الفقهاٱ ٱٱرحها والتأكيد علىٰ صٱتها، كما أن الفقهاء ٱ ٱديد معٱ ٱ الٱبهة، وعدٱ
ٱفاقهم علىٰ ٱواٱطها لٱٱ معناٱ رٱٱم للٱديث، ٱل أن الاٱ ٱرٱة، وٱو الٱٱي يؤكد
ٱتٱامهم ٱقاعدٱ "ٱرٱ ٱ ٱدوٱ ٱالٱبهات".

4- أن الفقهاء ٱ يناٱٱوا قاعدٱ ٱرٱ ٱ ٱدوٱ ٱالٱبهات علىٰ أساٱ ٱ ٱٱ مسقطة للٱد أٱ لا ٱٱٱ
مسلم ٱه عندٱم، ومؤيد ٱا ٱٱحاٱيث ٱ ٱٱ ٱطرٱ معٱد ٱالقاعدٱ ٱ ٱ ٱديث وا ٱوصاٱ ٱ
ٱٱٱ ٱة وا ٱهور ٱ علىٰ ٱ ٱرورٱ ٱٱ ٱه، ٱل ٱ ٱ كان ٱ نوٱ ٱ الٱبهات وٱواٱطها
وأركاٱ ٱ ...ٱ.

5- أما الرأٱ القوي، ٱهو أن ٱ ٱٱ ٱ نفسه يٱ ٱٱقاعدٱ ٱرٱ ٱ ٱدوٱ ٱالٱبهات ٱيعتٱ أن ٱ ٱكرٱ ٱ
علىٰ ٱرٱ ٱ ٱ ٱطر أو ٱ ٱطر ٱ ٱرٱ ٱ لا حد عليه، والإكراٱ والاٱطرار ٱبهتان عند ٱٱهور
الفقهاء⁽²⁾.

6- الواقع العٱ ٱ يستلٱ ٱ ٱقاعدٱ ٱ ٱرٱ ٱ ٱدوٱ ٱالٱبهات"، ٱالقاƟ ٱٱ واجبه ٱ ٱ وجد
ٱبهة قوية يستبدل (عقوٱة ٱ ٱد ٱٱ ٱرٱ، ٱ ٱ ٱ ٱ ٱٱان للمتهم، ٱ ٱٱ أن عقوٱات
ٱ ٱدوٱ ٱديدٱ، ٱليٱ ٱٱ السهل ٱوقيعها.

أما ٱ ٱٱ ٱٱ الٱبهة قوية، وكانٱ ٱدور ٱ ٱ ٱٱ وا ٱ ٱ ٱٱٱ ٱ ٱرعاٱ لوقاية ٱ تهم ٱٱ
جٱٱ ٱ ٱد، وٱ ٱ ٱب ٱ ٱر ٱ ٱ ٱٱبهة، ٱن ٱ ٱٱد ٱقامة حدوٱ ٱ !!.

---

(1) سبق ٱرٱه، ص: 103.

(2) ٱٱر ٱ ٱ الرد: عقيٱة حسٱ، الشبٱات ٱ سقطة ٱٱدود، ص:75.

ومع صحة القول بأنه لا يرجح قاعدة إعمال الحدود على قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا أن هناك من يرى أن الأخذ بقاعدة درء الحدود على إطلاقها يؤدي إلى تعطيل الحدود، بل إن الأولى الأخذ بقاعدة إعمال الحدود وعدم الأخذ بقاعدة درء الحدود إلا على حالات محددة!! الواجب إقامتها، فيدعو إلى عدم توسيع نطاق الشبهة، وأن لا يؤدي ذلك إلى تعطيل الحدود – ويجب أن يكون هناك توازن بين التقليل من توقيع عقوبات الحدود – ومن ثم يكون بالضرورة إقامة الحد وإسقاط الشبهة لعدم قوتها، وكله ضمن قاعدة درء الحدود بالشبهات – وهي ليست سقطة حفاظاً على حق المجتمع!! وتحقيقاً للمصلحة العامة في الزجر والردع في العقوبة وفي ذلك كله عدم التهاون في تطبيق عقوبات الحدود بذريعة الشبهة.

الفرع الخامس: ضوابط الشبهة.

إن الفقهاء لم يطبقوا قاعدة درء الحدود بالشبهات على إطلاقها بل وضعوا ضوابط خاصة بالشبهة، بحيث إذا وجدت أسقطت الحد وإلا فلا، ومن هذه الضوابط ما يلي:

أولاً: إذا كان الاعتداء في موضع لا يحل فيه الملك، فإنه يكون شبهة تمنع إقامة الحد، وإن كان الإنسان في موضع لا يحل فيه الملك، كمن يدعي أن مال أي إنسان له فيه حق، بحيث ينكر مبدأ السرقة شرعاً، فإن هذا لا يلتفت إليه[1]. فالشبهة هنا تتعلق بأصل النص.

ثانياً: لا تكون الشبهة قوية إلا إذا تعلقت بالملكية المسروقة أو بالملك، كسرقة مال من ابنه أو أقاربه، ولا يلتفت إلى قول السارق بأن له حقاً فيما سرقه من المال الذي يملكه، بحيث يعتبر ذلك مانعاً من إقامة الحد عليه[2]، فالشبهة تتعلق بالمحل، فيجب أن يكون ملكاً لصاحبه "مشروعية المحل".

ثالثاً: الشبهة المتعلقة في حق من يثبت عليه، ولا يثبت في حق من لم تثبت عليه، كأن يقر بالجريمة، فإن الدليل عليه لا تقوى الشبهة لنفي الحد[3]. فالشبهة هنا متعلقة بالدليل، فالذي يثبت عليه الحد، وأساس الشبهة كالقاصد له، فيجعل التزوير شبهة مع وجوده.

رابعاً: لا يقام الحد على من ثبت عليه الحد بالإقرار أو الشهادة وليس كل إقرار يعتبر في العقوبة، بل لا بد من الإقرار في مجلس القضاء مدة إقراره رجع عن إقراره، فإن الشبهة متحققة ولا تقام الحد[4].

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 272.

(2) عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، ص: 89.

(3) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ص: 273.

(4) ينظر: عقيلة حسين، الشبهات المسقطة للحدود، ص:91 وما بعدها.

lØaz lÛRl ÙtlÛ يتعلĘ ěRورورg التحري qأبات الشبهة وlØt لكل ƱLكون ĆØt lĵň g فورØة، ويعتEl مĈ أtم lÛRواlÙ، حيث أن الشارţ l كيم ĭدأ Ž ùرة lأبات جØرائم l حدودØ، åد lØzl وجدت ĭبهة قوية ومتينة lشهاgåا الشهوة العدول أسقÙ l حد.

و Ťواl lÙشبهة كž g ومتراطة، lØLنها ما يتعلĘ lÃÁص l lC ولأراكه وقÔد، ومنها ما يتعلĘØl الشروعية اl±ل، ومنها ما Σص Ťروروg التĶزيŽ والتروي والتحĘ للقول lشبهة، وlØt Ťمالť لعدŋ lإسقاŤ حدوå l! ƃعلŽ ، وكذlك عدŋ حرمان l تهم مĈ حقه Ž عدŋ تطبيĘØl l ØZد عليه، ولعبقØ? l سؤولية مسئولية الفاŤ Ʊ Ž تقرير صاľ الفرå وا lجماعة.

الفرع السادس: أقسام الشبهة.

lعرÔ الفقهاء ƃلŏ الشبهة، وقسموlt ƃلŏ أنواţ مختلفة ومĈ بينهم:

البند الأول: تقسيم المالكية.

قسم l الكية الشبهة ƃلŏ أقسامŋ ǫƔ وƱt "شبهة Ž الواÙƱ"، "شبهة Ž l وÙوåg"، و"شبهة Ž الطريĘ"(1).

البند الثاني: تقسيم الشافعية.

وقسم الشافعية الشبهة ƃلŏ ǫƔ أقسامŋ وƱt " شبهة Ž l±ل"، "شبهة Ž الفاعل"، وشبهة Ž l هة"(2).

أما عقيلة حسـ فقد قسمKt الشبهات، وأzlŤ Ž Ķl ثلاثÕ Ž Ķlجعل حيث ŤشبهاتØ متعلقة بالقÔد l نائب "Ʊ lحاصة باختيار l lC، وlحاصة بالإراåة l lC"، وشبهات متعلقة بساحة "ŤشبهةØ l ÕشبهةŻl العقد"، وشبهات متعلقة بأقبات " الشبهات l تعلقة بالإقرار، الشبهاتØ l تعلقة بالشهاåة"(3).

كما أlÉ أرlÉ Ķ مفهوŋ الشبهة مĈ التحليل lT ÙzÙ مأغلقة الÂنا lƃلŏ بكلØ ر كلØ أحكاŋ ŋ lشبهات، ƃلا لاعتبار الفقهاء وآن كان تمم الفقŽ التحديد ǫ مع أحكاŋ الشبهاتØ، ƃلا أن هذا الكر lÙt ، أحكاŋ متنافرة g Ťt مسائل ĭ Ǵ فيه صعوبة على l ŋ ، لذلك نعل التقسيم lلذي أورåه عقيلة حسـ للشبهات تقسيم منهجي يقتضيه مع التبويب والترتيب.

---

(1) القرافي، الفروق، ج4،ص:172-173.

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: 109.

(3) ينظر: عقيلة حسـ، الشبهات المسقطة للحدود، ص:91 وما بعدها.

الفرع السابع: آثار الشبهة.

فالشبهة القوية تمحو وصف الجريمة، إذ يكون الفاعل قد ارتكب حراماً، فتكون الجريمة فيه صورية ويكون محل العفو، ولكن في السرقة ولو كانت الشبهة قوية، فإن رد المال واجب لأنه حق للعبد ولا يقبل إلا برضا صاحبه (1).

ويرتب عبد القادر عودة أن المتهم يعفى من الجناية المنسوبة إليه في ثلاث حالات(2).

الحالة الأولى: إذا كانت الشبهة قائمة في ركن من أركان الجريمة، كما لو لم توجد [illegible] على أساس أنه يعاقب لا حداً ولا تعزيراً، وذلك لانعدام القصد الجنائي.

الحالة الثانية: أن تكون الشبهة قائمة في انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم، كما في [illegible] ولا يعاقب لا حداً ولا تعزيراً.

الحالة الثالثة: أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة، كأن يشهد شاهد على آخر، [illegible] عدلا [illegible] الحد.

وإذا كانت الشبهة ضعيفة لا تسقط الحد ولا تمحو وصف الجريمة، [illegible] سقطت عقوبة الحد جاز عقوبة التعزير(3)، ومثاله: [illegible] يدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده ولكنه يعزر، لأن الدرء كان للشبهة حكمية أي شبهة في المحل(4).

أثر قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير: **الأصل في قاعدة درء الحدود بالشبهات [illegible] جرائم الحدود، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع تطبيقها على جرائم التعازير، وعلة ذلك أن [illegible] القاعدة [illegible] العدالة و[illegible] المتهم، وليس من مراء في أن كل متهم في حاجة [illegible] سواء كان متهما في جريمة من جرائم الحدود أو التعازير(5).**

---

(1) أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:239.

(2) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص: 214، 215.

(3) أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:240.

(4) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:215.

(5) ينظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، "دراسة مقارنة بالفقه الغربي" (منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان الطبعة الثانية 1998)، ج3، ص: 50. ومحمد سعيد عبد القادر، فقه القضاء الإسلامي "مقارنا بالفقه القانوني الحديث وأحدث قواعد [illegible] (منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002)ص:.50.

المطلب الرابع: الرد على شبهة قساوة العقوبة (العقوبة المقررة للحدود) في الإسلام.

أن العقوبات موانع قبل الفعل، زواجر بعده، أي أن العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العودة إليه[1] وأن الحدود كفارات لمرتكبيها، ومن إقامتها كسر لشوكة المجرمين، وتطهير للمجتمع من الجريمة والفساد والرذيلة، وهذا ليس في الإجراءات التعزيرية، قال أحد العلماء: "أي الحدود جوابر للذنب الذي أقيم عليه الحد"[2]، ويمكن الرد على شبهة قساوة العقوبة في الفقه الإسلامي بالأمور التالية:

الفرع الأول: طبيعة الجريمة.

ذلك أن خطورة الجرائم التي حددها الفقه الإسلامي لها عقوبات - جرائم الاعتداء على المصالح وجرائم الحدود - في مجملها اعتداءات صارخة على المصالح الأساسية التي يقوم عليها أي مجتمع.

الفرع الثاني: طبيعة النظام الإسلامي.

إن النظام الإسلامي نظام متكامل الذي يلبي كل نداء للفطرة، ويقرر حق الإنسان في الحياة الكريمة، ويطهر المجتمع من مستنقعات الرذيلة، ويعمل على وقاية المجتمع من الجريمة بأسبابها التي تؤدي إلى الإجرام والحاكم مسؤول عن تحقيق ذلك كله[3].

الفرع الثالث:إرساء الضمانات.

الاحتياطات والضمانات الكثيرة والتي أحاطها الفقه الإسلامي في تطبيق العقوبات وتنفيذها، والتي تبدأ من يوم اتهام المتهم حتى إدانته أو براءته، والتي منها: التشدد في إثبات الجرائم، ودرء الحدود بالشبهات، والتشديد على القاضي في إنزال العقاب، وتقديم الخطأ في العفو، ومن الاحتياطات أن لا تطول العقوبات في الفقه الإسلامي، إلا من جاهر بجريمته وتبجح واستهتر بالقيم الجماعة[4].

الفرع الرابع: فعالية العقوبة.

ذلك أن تحديد العقوبات خاصة في الحدود يعود إلى فعالية عقوبات الحدود في منع الجريمة، وهو ما أشار إليه أبو زهرة بقوله "وحسب الأمن أن يكون هناك يد مقطوعة كل

[1] أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، ص:13.

[2] عبد العزيز بن محمد برقة، أساسيات التشريع الجنائي الإسلامي، (مركز الإسكندرية للكتاب)، ص: 21.

[3] ينظر: محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص:141 وما بعدها.

[4] ينظر، محمد نعيم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، ص:141 وما بعدها.

عاٍّ ليكون ǾƫƬǟ مانعاً ǟاجراً، ǅعل كل سارق يترقب ǟǄل ما نǁل ǠǞ ǅيكǿون الامتناǝ عن السرقة[1].

الفرع الخامس: تحقيق المقصد من العقوبة.

وŽ ƬǜǞ ƒƪƯ يقول العǎ عبد السǘǈ "ǐكانǈ أسباǢ ƬƫǊ مفاسد ǅǿǍǟمر ǙǬǾ أو ǞǞباǜ، لا لكوǾǨ مفاسد، ǟل لكوǾǨ مǾǏية ƛ ƬƫǊ، وǟǅǾ كقطع ǥǠيدي ǬǞكلة حقǫǤرواǝ، وكا ǅǿǍǟǁǞǾ ǠǞروǝ Ž ƫǾ ǫǦها، وكǪǞƬƫǾ العقوǈات الǀرعية كلها ليسǈ مطلوǈة لكوǾǨ مفاسد، ǟل ǅǨئها ƛ ƬƫǊ ǞǦǟ ǅǿاǟ ǞǞ ǂرعيتها، كقطع يد السارق، وقطاǝ الطريق، وقتل ǥǞ ناǥ، ورجم ǥǞ ناǥ، وجلدǯم وǞغريبهم، وكǪǞƬƫǾ التعǄيرات، كل ǋǯƬ فاسد أوجبها الǀرǝ لتǿƬيل ما رǿǨب عليها ǞǞ ƬƫǊ ǟقيقية، وǞسǈيتها ǟ ƬƫǊ ǞǞ ǟǟǞ Ǟسǈية السبب ǟاسم ǥǞسبب "[2].

وǭتاماً للرǟ أقول ǟǞǞن الǀارǝ ǥǞكيم ǥǞ ǂǟǞ Ž عقوǈات جرائم ǥǞ ǅدوǟ كǿان ǾƫƬǟ ǭطورǤǞ ǞǞ جهة، ولتǿǥقيǟ ǥǞ ǜǞǾǞ منها ǞǞ جهة أǬرǟ، ومع ǾƫƬǟ أقر ǟسقوǛ ǥǞ ǟد عند وجǿǟ الǀبهة القوية. ǫǤǞ ǯǙ ǁǨƫǜǞǞ يا ǞǟǟǞ أن ǞكǾون العقوǈة زاجرة رادǟعة ǂديدة وقاسية ǞǞنع ǅǞǿǟراǟ ǞǞ التفكǦ ǥǞ Ž ǅǞرǦة قبل الاقتراǝ منها ولا ǞطبǊ العقوǈة ǟǞلا أحياناً، أي أن ǞفقǼ العقوǈة الغاية ǞǞ ǞقريرǤ، وǞ ǜǞǾǞ ǞǞ ǟǞǀريعها، وǞǟǞ ǂǞǞع علǟ ارǞكاǝ الرǠيلة وǞرǤǞǟǞ ǟǞ ǟǞ ǞراǙ! ومǿǞع ǯǾǞ كله ǟالواقع يرǞ أن ǟǞ ǂǟ لتǿǥديǦ ǞǞǀبهة فساوǟ العقوǈة Ž ǟǞǾǞ. ǞǞǞرائم ǥǞ ǅدوǟ ǞركǿǞب وعقوǈتها لا ǞكاǟǞ ǞطبǦ! ǟǞل ǟǞن ǥǞ ǟǞرǦة ǞǞتلطǞǞ معا ǟاǞ، وǞǞǀكǞǞ ǞǞيوǟǞها، ǟǞيث أصبǞǞ ǞركǞب جهاراً، ويفلǞǞ مرǞكبها ǞǞ العقاǝ، أو يعاقبون ǟعقاǝ أǂبه ǟǞ ǞǞǟǞǞ منه ǟǞ العقاǝ، ǟǞيث يتǿǞنعم ǞǞرم ǟǞǞǞǟ العيǂ Ž السǞون، وǞقرر ǞǞ حقوق أǞǞǞ ǞǞ ǞǞم، وǟالتاǞ يعاوǟǞون ǥǞ ǞǞ مرات ومرات ...

وŽ ǥǞǞǟ ǞǞǟǞ القول أن مبدأ أصل الǞǞǟǞǞ قوي لامتǞǟ ǞǞ ǥǞǞǞǟ الفرǟǞي، ǟالفرǟ Ž ǞǞǞ ينعم ǟǞǞǞ وǟǞمان ǟǞن ǟǞصل ǟيه الǞǞǞǞ وعدǟǞ ǞǞكانيǿǞة ǞǞǞǞǞ ǟǞǞǟǞǞǞ، وأن الǀǞريعة ǞǞǞǞمية سبǞǞ القواǟ الوǞǞعية Ž Ǟقرير ǞǞǞǞ بدأ ǟقواعد أصولية.

وǞǞصل العاǞ Ž الǀريعة ǞǞǞمية ǞǞ ǞطبيǦ العقوǈات ǞǞǞاصة ǞǞرائم ǥǞ ǅدوǟ، وǞǞن كانǞ ǞǞǞاǞ ǞǞكانية ǞǞفيفها أو استبداǞ ǟوجوǟ الǀبهة القوية، ǟالواقع ǞǞǞǞ ǟ الفقهاǞ ليǞ ǞǞ ǞǞǞ ǟǞǞ ǟقاعدǟ ǞǞǞ ǟرة ǥǞ ǅدوǟ ǟالǀبهات أي لا ǞǞǞ ǞǞǞǞ ǞǞǞǞع عليه. ǟǞل أن ǞǞǞǞ كان ǞǞǞǞئم حǞǞول

---

(1) أبو زǞرǞ، العقوبة الفقه ǞǞǞǞǞ، ص: 199.

(2) عز الدين عبد العزيز بن عبد السǞم، ǞواعǞ ǟǞحكام ǞǞصǞǞ ǟǞنام، (دار ابن حزم، الطبعة ǟǞوǞ، 2003) ص: 17-18.

أنواع الشبهات وضوابطها وأسسها. وإن كان ÕlǾ، واǂحوŕ ـو ǿطبيȨØ ǂlةȕ Ʃ ɪ ƱلȨ يوحǂ ɪ Ƚlȿ ǂتار ȿlةȘ ǂؤ Ȩ ȿ ȶ ǂ ةǂ ȶ ǂ ȵȶ ǂ ȶ ǂلة يوحƱ ȿ ȶ ȶ ǂ ȿ ȶ Ȭ ȿ

ا ǂlÂ ا ǂقرر للȞد، وǂ ȶRǂيȨ ǂ Ǻائرǂ ɟ ȵȵȵ ȶ ǂ ǂبهات وȶȶ ǂ لعدȳ ǂكدار حفه ǂ ǂكاǂ ȶ Ƀ وكȶ ȶ لعدȳ القسوƍ

علȝ ǂراǂ ɟ.

أما ǂ Ȗديد العقوǂات ȶ ɟ ȳɣ ȳ ساسه ȶ ȶ ǂيȨ مقاصد ǂ رعية ȶ سبيل الȂجر والرǂ ȶ ووقاية ȶ

ǂȶȶ ǂتمع مȶ الرǂيلة ȶ ǂ ɟ ȶ ǂ نسانية الȶ ريعة، وǂكȶه العقوǂات لا ينǂȶر ǂليها ǂȶ ȶ ǂار القȶور أي مȶ ǂȶ ǂ

كوȶ ȶ مفاسد، ǂل ȶ ǂرǂ ȶ ǂ ǂ ǂ ء للنȶر ǂليها مȶ حيث كوǂȶ ǂ ǂية ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ.

المبحث الثاني: حق الأمن الفردي في مرحلة التحقيق الابتدائي.

ǂن مȶ مستلȂمات قرينة الǂ ǂ ǂ عدȳ التعرȶ للمتهم ȶ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂانته ǂ ǂ ǂوصاǂ ȶ ǂ ǂ رحلة

ǂ ǂوȶ مȶ التȶقيȨ وȶ "مرحلة التȶقيȨ الابتدائي" ǂالǂ ȶ ǂ واǂفقون ملȂمون ǂتطبيȨ ǂ القاعدȶ

ǂاصة ǂقرينة الǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂرار ǂ رية والسȶمة الǂ ǂ ǂ ية وǂقيȶ ǂ مȶ الفرǂي. والȶ ريعة

ǂمية أقرت للمتهم ǂ ǂ انات أساسية وقواعد ȶامة ȶ التȶ ريع ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ كقاعدǂ

"ǂصل ǂراǂ ǂ ǂمة" وقاعدǂ "البينة علȝ ǂدعȝ واليǂ علȝ مȶ أنكر" وكǂ ǂ قاعدǂ " الǂ ǂ ǂ لا

يȂول ǂ ǂ ǂ" ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂانات الǂ أقرǂ ǂريعة الǂ ǂمية والقواǂ الوǂ ǂعية ǂ ǂ ǂ معرǂ ǂ

مدȝ ǂتع الفرǂ ǂ ǂلفه ǂ الدǂ ǂ ǂ، وكǂ ǂ حقه ǂ ǂ ǂ التهمة عنه، وǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ مرحلǂ ǂ التȶقيȨ

الابتدائي ǂ ǂ ǂ ǂ رحلة نقطة ǂاصلة ǂ حياǂ ǂتهم، قد يǂ ǂ ǂ الفǂ ǂ العدالة ويǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ

ǂل الǂ ǂانات ǂ يطة ǂه، وقد يǂل الفǂ ǂ ويǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂيقة وبدان القǂ ǂون وجǂه ǂ ǂ،

ǂ ǂيار ǂ ǂتع ǂ ǂ ǂ ǂ الفرǂي وǂ ǂ ǂانات ǂعالة ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ وǂ ǂ ǂ ǂ

مفاǂيم العقوǂة وكǂ ǂ صعوǂة ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ ǂ التطور العلǂ ǂ والتكنولوجǂ.

المطلب الأول: مدلول المتهم والنظام الاتهامي والتحقيق الابتدائي.
الفرع الأول: التعريف بالمتهم والتفرقة بينه وبين ما يشتبه به.

البند الأول: تعريف المتهم لغة.

الوـم مە ﻬطراتǹ مە القلب، والتهمة أصلها الوƵة، مە الوـم، ويقال اőǾه، اɿتعال منه، يقال اőǾ ƵƔǐ أي اɿتعلت أي اǾǹ عليه التهمة[1].

ƶا تهم ـو الŢ ĨÂص ا نسوة ą ǚليه الفعل أو التهمة، ƶقد يكون صاحبها ƵƔǐ وقد ǚلقيĘ ǚليه.

البند الثاني: تعريف المتهم في الفقه الإسلامي.

وـو مە أǽ ǚĂƠ مە عليه ƶعل Ţرƿ يوجب عقوبته مە عدوان يتعǾر ǚقامة البينة عليه[2].

البند الثالث: تعريف المتهم في القانون الوضعي.

عرƶه الدكتور Ţمد Ţمǿ بقوله "ـو الŢ ĨÂص الǾي حركǐ ǐدƸ ǚƠǾ ƒŲǾ جǚنائية ǚŲÔـد معاقبته عمĐ ا رƧة ا رƳكبة ا نسوبة ǚليه، وǚŎ بوصفه ǚما ƧاعƔǐ أو ǐريكاǾ أو متدƔǹ أو Ţرƿ ƔǐǾ Ž أي مرحلة مە مراحل الدعوƒ ما ƿǾ Ɓ ƓŐÔǐ ا كم عليه ƚائياǾ"[3].

وا ĢƔǐ أن ا تهم Ž التǐ Ĩريع اɧƔǹ ƒŰ ƠŲ يكفي لنسب الوصƶ عليه ǚǾاعǾ ØŰ ǐص فيامه بفعل Ţرƿ، أما الفقه القانوǇ لا يستǐ ĨÂ ƠŲص متهماǾ ǚلا بعد ƠŎƒ الدعوƒ ا Âائية والدǹول Ž متاǚƚات القانون.

وميǐ Ƶ ƙȂ ƵرǾ Ž الفقه اɧƔǹ ƒŰ ا تهم Ž ƵȃǾ صفة الاǾő ƙȂ رǐ ƠȂ ـو ƳǾ بقيام البينة ƶالƔ Ĩ ĂƠص يبقƒ متهما ǚǾما ƆǾ Ɓ ينƵ التهمة بظهور البينة ، ƶالاǾő ƳǾƔ ĂĨ والǚŢ أما اليƠ ƶقد ǐرƶت ǐالبينة عك ǐ Ȃ القانون الوǐ ƔŢ الǾي يرƙȂ ǾƠǐő الاǐ ƿدور ا كم النهائي سواǐ كان ǚǾŰ ǚǹ ǹƶ مە عǐ بينة أƿ ǐƔǐ.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج12،ص:72-73.

(2) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 128.

(3) محمد محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:18.

البند الرابع: التفرقة بين المتهم والمشتبه فيه.

عرفه محمد محدة بقوله "الشخص الذي بدأت ضده مرحلة التحريات لقيام قرائن تدل على ارتكابه الجريمة أو مشاركته فيها وتحريك الدعوى الجنائية ضده"(1)، ومعيار التفرقة بين المتهم والمشتبه فيه هو تحريك الدعوى الجنائية، وتحريكها يعني أن الدلائل التي توافرت في حق الشخص المشتبه فيه قوية ومتماسكة وكافية لتوجيه الاتهام إليه، أما الذي لا تتوافر في حقه إلا مجرد الشبهات في ارتكابه جريمة ما فيكتفى بالتحري قبل تحريك الدعوى الجنائية فيطلق عليه مشتبه فيه(2).

والمشرع الجزائري لم يضع مفهوما خاصا بالمشتبه فيه وآخر بالمتهم بحيث يمكن وضع أساس للتفرقة بينهما(3)، بل اعتبرهما شخص واحد.

وعرفه قاموس القانون الجنائي "المتهم بقوله: الشخص المشتبه فيه القيام بجريمة بحيث تكون على حال تمكنه في النهايات بوجوب أمر بإحالة صادر عن جهة الاتهام"(4)، كما أن المشرع الجزائري اعتبر المتهم الشخص المشتبه فيه، وربما التداخل في مفهوم المتهم والمشتبه فيه وعدم وضع أساس قوي للتفرقة بينهما هو الذي جعل المشرع الجزائري يتعمد في تحديد وتبيين المقصود منهما، ووصفا وكلمة المتهم أقرب لنسب الفعل المجرم على الشخص والاكتفاء بلفظ المشتبه فيه.

فيمكن مطالبة المشرع الجزائري بتوضيح المصطلحات الخاصة بالاتهام أو الاشتباه أو توحيدها، وكذلك تحديد معايير للدلائل القوية القائلة بالاتهام، والدلائل التي تعدو الشبهات الخاصة بوصف المشتبه فيه، وذلك للحد من الانتهاكات غير المسوغة قانونا.

الفرع الثاني: مدلول النظام الاتهامي وطرقه.

البند الأول: مفهوم الاتهام.

الاتهام هو «تعبير قرار التحقيق من قبل القاضي المختص ضد الشخص المشتبه في ارتكابه الجريمة كفاعل أصلي أو شريك»(5)، وعرفه محمد محدة بقوله «صفة شائعة يوصف بها الشخص بعد توافر مجموعة من الأدلة التي تفيد قيامه بالجريمة أو اشتراكه فيها وهو ما يتطلب حماية للإنسان من جهة، والمحافظة على الحريات الفردية والمصلحة الاجتماعية والنظام

(1) محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ج2، ص53.
(2) يوسف، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:24.
(3) يوسف أحمد عثماني، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:34.
(4) ابتسام القزام، معجم المصطلحات القانونية التشريع الجزائري، (1992) ص:154.
(5) ابتسام القزام، معجم المصطلحات القانونية التشريع الجزائري، ص:154.

العام من جهة ثانية»(1). وعرفه أحسن بوسقيعة: «[illegible] الرسمية [illegible] ترمي إلى [illegible] التحقيق [illegible]»(2). وهو بداية انتقال [illegible] صفة المشتبه فيه [illegible] بعد [illegible] خاصة [illegible] فهو مرحلة انتقالية حاسمة في [illegible] والاتهام.

وقد نص المشرع الجزائري في موقفه من الاتهام في نص المادة 89 (ق.إ.ج) حيث تنص الفقرة الثانية «... لا يجوز لقاضي التحقيق المنوط به إجراء التحقيق ولا لرجال القضاء ولا لضباط الشرطة القضائية المعهود إليهم القيام بإجراء بمقتضى إنابة قضائية بغية إحباط حقوق الدفاع الاستماع إلى شهادة أشخاص تقوم ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهامهم»(3).

البند الثاني: طرق الاتهام.

تعتمد القوانين الإجرائية الوضعية في مجال الاتهام ومن بينها قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على منهج واحد في توجيه الاتهام ألا وهو الاتهام العمومي(4).

الفقرة الأولى: سلطة النيابة العامة.

في التشريع الجزائري تعتبر النيابة العامة جهة أصلية في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها وهو قاعدة مستمدة من التشريع الفرنسي الذي يقوم بالادعاء فيه جهة عامة(5)، حيث نصت المادة 29 (ق.إ.ج) على «تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون»(6)، أما المادة 33 من القانون رقم 82-03، المؤرخ في 13 فبراير 1982 تنص على «يمثل النائب العام النيابة العامة أمام المجلس القضائي ومجموعة المحاكم، ويباشر قضاة النيابة الدعوى العمومية تحت إشرافه»(7).

الفقرة الثانية: سلطة قاضي التحقيق.

حيث تنص المادة 67 (ق.إ.ج) على «لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقا إلا بموجب طلب من وكيل الجمهورية لإجراء التحقيق حتى ولو كان ذلك بصدد جناية أو جنحة متلبس بها

(1) أحمد مجدي، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:12.
(2) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية معدلة ومتممة في ضوء القانون)، ص:26.
(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:89، ص:58.
(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:17.
(5) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، (2004)، ص:32.
(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة :29، ص:20.
(7) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة :33، ص:22.

وجوبية أن يوجه الطلب إلى كل شخص يعتقد أن لديه سلطة التحقيق ولقاضي التحقيق سماع أي شخص يرى فائدة من سماع شهادته أو تقديم أدلة الوقائع التي يحقق فيها أو إليه»[1]، وإن كان القانون قد قيد قاضي التحقيق بالنسبة للوقائع والأشخاص عليه عدم إجراء تحقيقات في وقائع ظهرت إليه أثناء قيامه بمهامه إلا بعد طلب من النيابة العامة، فإنه قد أعطاه حرية وحقا في اختيار الوسائل والإجراءات اللازمة»[2].

الفرع الثالث: مفهوم التحقيق الابتدائي وخصائصه.

البند الأول: مفهوم التحقيق الابتدائي في القانون الوضعي.

إن التحقيق الابتدائي هو « ما تقوم به سلطة التحقيق من أعمال وما تصدره من قرارات وأوامر تدور كلها حول البحث في حقيقة جريمة وقعت بالفعل بغية إحالتها إلى ما إذا كانت تحال إلى المحكمة المختصة»[3]. ولكن هذا التعريف لا يتضمن ماهية التحقيق الابتدائي على سلطة التحقيق وحدها بل يشمل ما يقوم به رجال الضبطية القضائية من أعمال كسلطات مخولة لهم في التحقيق الابتدائي.

وعرفه محمد محدة بقوله « هو القيام بجميع الإجراءات التحقيقية من بحث وتحر والتي يراها قاضي التحقيق ضرورية للكشف عن الحقيقة، ويقرر ما يراه من إيقاف اعتبار التحقيق منتهيا، وإن لا وجه للمتابعة عند توافر أسبابه، أو إحالة الدعوى إلى المحكمة إذا كانت الأفعال تكون جريمة وذلك باختصاصها أو إرسال الملف مع أدلة الإثبات معززة وكيل الدولة إلى النائب العام لدى غرفة الاتهام لاتخاذ الإجراءات اللازمة في إرساله إلى المحكمة المختصة»[4]، وهذا التعريف وإن كان مفصلا يبين مراحل التحقيق الابتدائي من بحث وتحر وإحالة الدعوى، إلا أنه قصر سلطة التحقيق على قاضي التحقيق ولم يتعرض لدور النيابة العامة وإن كانت سلطة التحقيق.

ويصعب تحديد مفهوم دقيق للتحقيق الابتدائي في مراحله المختلفة من تشريع لآخر، والسلطات المختصة التي تقوم به في كل تشريع عن غيره إذ هناك استثناءات تتعلق كلها بالقضايا على قدر المساواة في الإجراءات والتحريات الأولية.

---

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 67، ص:43.

(2) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:25.

(3) سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، (دار الجامعة الجديدة، 2002)، ص:28.

(4) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:37-38.

البند الثاني: مفهوم التحقيق الابتدائي في ظل التشريع الجزائري.

يلاحظ بعض الفقه أن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لا يوجد فيه تعريف لمرحلة التحقيق الابتدائي وكل الذي فعله المشرع هو التعرض إلى النصوص التي تحدد مهام قاضي التحقيق[1].

والمتتبع لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري لا يجد تعريفا خاصا بمرحلة التحقيق الابتدائي باعتبارها مرحلة حاسمة في نسبة التهمة للمتهم أو نفيها عنه، وإن كان المشرع قد حدد سلطات قاضي التحقيق وكذا النيابة العامة في التحقيق الابتدائي، لكن ما عليه أن يضع مفهوما محددا لمرحلة التحقيق الابتدائي ويوضح السلطات التي تتدخل فيه أصلا، وتحدد السلطات التي تتدخل استثنائيا وكذا الضمانات التي تمنح للمتهم في هذه المرحلة وكذا لبيان موقفه من فعالية الضمانات للتأكيد على الفصل أو عدم الفصل بين وظيفتي الاتهام والحكم[2].

وإن كان الفقهاء أو شراح قانون الإجراءات الجزائية قد تبينوا موقف المشرع الجزائري وهو الفصل بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق[3]، إلا أن النص صراحة على الفصل واستخراج الحكم من النص القانوني أمر لم يوجد.

والفصل بين سلطات الاتهام وكذا سلطة التحقيق له مزايا وإن كانت الميزة الأساسية فيه كونه يوفر ضمانات أكثر للمتهم من أن يخضع لسلطة واحدة أو هيئة معينة، فقد أن توجه له تهمة الحكم، وكذلك يستطيع التحقيق أن يباشر ما أغفله القاضي، كما أن قاضي التحقيق لا ينفرد بالتحقيق كله ويخضع لرقابة النيابة العامة.

---

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص37.

(2) يقول الدكتور محمود مصطفى «إن التشريع المصري يتفرد بنظام معيب فالتحقيق الابتدائي عندنا لا يقصد أساسا إلى دعامته وهو الفصل بين سلطتي الاتهام والتحقيق فالنيابة في مصر تجمع بين السلطتين ... فالنفسية القائمة بالاتهام لا تصلح لإجراء التحقيق بنفسية المحايد في الدعوى». ينظر:

محمود محمود مصطفى، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع، (مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة عشر)، مطبعة جامعة فؤاد الأول 1947)، ص:5.

(3) (... ومن ثم فإنه وإن لم يرد نص صريح في قانون الإجراءات الجزائية يقضي بالفصل بين سلطة الاتهام وسلطة التحقيق). ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، ص:46.

البند الثالث: خصائص التحقيق الابتدائي.

إن التحقيق الابتدائي مرحلة تمهيدية للمحاكمة ومن ثم فإنه يهدف إلى جمع الأدلة وتقييمها قبل إحالة الدعوى إلى المحاكمة، وهذا ما يوفر على القضاء وقت وجهد، وكذلك الأمر بالنسبة للمتهم من الوقوف موقف الاتهام أمام القضاء بسبب التسرع، وهو موقف يجب على النفس ويضر بسمعة واعتبار المتهم حتى ولو قضي ببراءته[1].

و للتحقيق الابتدائي خصائص مميزة من بينها:

1- السرية: سرية التحقيق في مواجهة الجمهور.

التحقيق يجب أن يكون سريا في مواجهة الجمهور ومن ثم فهو علني بالنسبة لأطراف التحقيق وإن كان بالغة الضرورة حد سواء[2].

أما المشرع الجزائري فلم يتبن لا مبدأ سرية التحقيق ولا مبدأ علانيته بصفة مطلقة، وإنما حاول التوفيق بينهما[3]، وهو ما يعطي فرصة للمشرع لبسط نفوذه وسلطته تجاه من يقوم بالجرائم ومن يتعلق بالسرية، وهنالك ما يتطلب العلانية، كما أن من الجرائم ما يحتاج للتحقيق والفصل فيه والحرص، وكل من يقول له نفسه الإقدام على الإجرام، ومنهم من يكون منهم حاجة للستر وفي كل ما يجب أن يتم على حق الفرد وكرامته في ذلك من الحرية.

ونطاق السرية في التشريع الجزائري محدد في المادة 11 (ق.إ.ج) حيث تنص «تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون إضرار بحقوق الدفاع. وكل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه»[4].

أما العلانية في المادة 285 (ق.إ.ج) حيث تنص «المرافعات علنية ما لم يكن في علانيتها خطر على النظام العام أو الآداب»[5].

(1) ينظر: عبد الحميد الشواربي، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، (دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000)، ص:10.

(2) ينظر: سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، ص:53.

(3) محمد محدة، بغدادي، التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 1999)، ص:64.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 11، ص:10.

(5) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة :285، ص:170.

وحر ĩ القانون ا Ấائري علۍ ûفا ا ƍروري ř علۍ سرية البǶث والتǶقيǪ الاǣتدائيƠ، وأجاة متاǣعة مǺ ǺƬأ ǺȂǾƫ ȂǢƥĩȂǭ وحǴ ĵƦائياƫ(1)، ومřƎ ǶƬ ǾƫŁ 46 (ž.ɋ.ǯ) «يعاǫب ǣا ǺǷ ĩ ǶȀǷ Ǌ Ǻǧ ǣ2000 ǷǾ 20.000 ǵ يتار كل مǺ أǻ řčŹ مستندا ناǩǶ مǺ التفتيǊ أو أǖلع عليه ǴǾƫ ǹŹǺ علۍ أو ǥ عليه ǾǷ ǹǺ مǺ اهم أو مǺ ǾǷ ي حقوقه أو مǺ ǡ وقع علۍ ǾƬ ǡ ستند أو مǺ ǡ رسل ليه ما لǷ ţ ǹǶǳǥ ǹƫرورات التǶقيǪ ǷǾ ǩ ǩǾƫ»(2).

الǨǬرة ا ǦƬǴǸƬية: ǦǯدويǺ التǶقيǪ.

ǹ ǦǯدويǺ التǶقيǪ أمر لاǨǥ حǴ يكون حǵǳة الكاǩة، وحǴ ǦǯكوǺ ǩجراǳاته أساسا صا ǶƬا ǡ ǡ فد يبǡا عليها مǺ نتائǰ، ǶƬǬع أعǸال التǶقيǪ وǲيع القرارات ا ǍƬǧǷ Ž الفǶية اǴƬǤǧ ǪǬة ǶƬǬع Ž ǶǳǾǧ(3).

وا ǯ ǢĮ Ấائري أǦǳ حǲور كاǩب اǲƬǘ ǦƬتدوين ǭǦř التǶقيǪ كاستǵǳوا ǁ ǦƬǸتهم، وǂǭ ǢĮ الǂهوǳ ومعاينة مكان وقوǢ ا ƎǂƬة .... وǯǦǳ ندǁ ǷǾ كاǩب اǲƬǘ Ǎǧ ا تص Ž حالة اƍرورǥ ǲƬǘ ǶƫدƠ التǶقيǪ وǩǥǷǾ ǩعد حلفه الي Ǹ القانونية(4). ǩتنص ا ǥǷǾ 68 (ž.ɋ.ǯ) «يقوǨ فا ǶƠř ǷǾ التǶقيǪ ... ǶǷǾ ǮǳǯƠ ǶǷǾ Ǌ لǘ ƍرورية للكǯ Ǧǳ عǺ ا قيقة، ǲƬǘ ǩ التǶري عǺ أǳǦǳ ǵǶǷǾ ǧ ǲƬǘ ǩ التǶقيǪ الاǣتدائيƠ يراǲƬ ǲƬǘ ǩ القانون ǩǥǳ ǵǶǷǾ اأǳلة النفǠǨ وأǳلة الاƠ.

وǲƬǤر نسǳة عǺ ǩǥǧǷǾ ǩǨǳ وǯ ǥاǳǷǾ ǷǾ ǲƬǘ وǶƬ ǲƬǘ وǶƬ ǲƬǘ ǩ ǩǥǧ كاǩب التǶقيǪ أو ř ǩǦƠا ǶƬ ǩǦƠا ǩ ǰƬ ǶƬ ǩ ǩǦǳǿ ǳا ǳǼ ǩǦƬ ǥǳǧ ا ǫندة علۍ كل نسǳة ǩǦƬǷǾ ǩصل وǷǾ ǲƬǘ ǶƬ ǩǦƠ ǩǦ ǩ مع مراعاǥ ما أ ǩ ǩ ليه Ž الفقرǥ اǲƬامسة مǺ ǩǥǧǷǾ ǩǥǳ»(5).

الǨǬرة ا ǦƬǴǸƬة: سرعة ǩجراǳ التǶقيǪ.

ǶǤ ǧǷǾ ǩǥǳ ئص التǶقيǪ الاǣتدائيƠ السرعة Ž ǲƬǘ ǩǥǳ جراǳات وǧǷǾ ǩǥǳ سباǭ:

(1) ǾƬǥǦ ǳ ǣدادي، التǶقيق، ص66-67.

(2) ǩǥنون ǩǥراءات اǩǯنائية اǩǯزائري، ا ادǥ:46، ص: 30،31.

(3) ينǧر: ǩǥمد صبحي ǩǥمد ǩǦǿ، ǩǦǯ ǩǥنون ǩǥراءات اǩǯزائري، (ديوان ا طبوعات اǩǯامعية، الطبعة الثانية ، 1988)، ص:52.

(4) ينǧر: ǾƬǥǦ ǳ ǣدادي، التǶقيق، ص:63.

(5)ǩǥنون ǩǥراءات اǩǯنائية اǩǯزائري، ا ادǥ :68،ص:44-45.

أ- إذا كان المتهم بريئاً فسرعة إجراءات التحقيق تنبهه من الحكم مطولاً في فحص الادعاء، أما إذا استغرقت إجراءات التحقيق وقتاً مطولاً خاصة إذا كان المتهم محبوساً فإن هذا سوف يؤثر فيه كلما طال المدى[1].

ب- في السرعة إلى جمع الأدلة وحفظها قبل اندثارها وامتداد يد العبث إليها، فهذا أن المتهم لو كان بريئاً وكان المرتكب للفعل حراً طليقاً فسوف يعمل ما في وسعه لمحو معالم التهمة عنه وإخفاء الأدلة[2].

ت- سرعة التحقيق مهمة للمتهم، حيث تكون الذاكرة لا تزال حاضرة بالأحداث والأماكن والأشخاص والأشياء التي لفيهم على العثور والأشياء التي تحيط بالحادثة ووقت الجريمة والمعلومات المهمة وكلما طال المدى فإن هذا يؤدي إلى نسيان المتهم لغالبية هذه الأمور[3].

ويجب أن نؤيد ما ذهب إليه محمد محدة في أن السرعة في الإجراءات يجب أن لا تكون على حساب التحقيق بأمانة العدالة والإنصاف، أو على حساب حقوق المتهم[4]، فإن طول المدى أحياناً يساعد على اكتشاف وقائع جديدة في الجريمة قد تقلب الموازين، كما أن جمع الأدلة والتحري والبحث عن القرائن والتحقق منها يحتاج إلى وقت طويل، ويجب أن يكون المتهم في كل هذا في عهدة القضاء عليه يكون قلقاً ومتوتراً ولا يستطيع التركيز أو الدفاع عن نفسه في خضم هذه الأمور ولو كان بريئاً، فتمكينه من الوقت يساعد على استرجاع الثقة في نفسه، والدفاع عنها بكل ما أوتي من جهد، على أنه يجب أن تتناسب كل مرحلة من مراحل التحقيق الوقت الذي يتم اجتناب السرعة المفرطة المؤدية لظلم المتهم وكذا اجتناب الطول المؤدي إلى المساس بمبدأ العدالة.

الفقرة الرابعة: حيادية التحقيق.

ويعتبر حياد القضاء من المبادئ الهامة التي حرصت المواثيق الدولية على التأكيد عليها، فنجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 نص عليه في المادة 10 بقوله «لكل إنسان الحق على قدم المساواة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً سواء أكان ذلك للفصل في حقوقه أو التزاماته، أو الاتهامات الجنائية الموجهة إليه»[5].

(1) ينظر: درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:90.
(2) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:278.
(3) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:90.
(4) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:279.
(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:74.

والمشرع الجزائري نص على ذلك في دستور 1996 حيث نصت المادة 148 على: «القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه»(1).

المطلب الثاني: حق المتهم في الدفاع.

الفرع الأول: تعريف حق الدفاع وأهميته.

البند الأول: تعريفه.

إن حق الدفاع من الحقوق الأساسية للإنسان وهو حق قد جاءت به الشرائع السماوية وأكدته إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية المتعلقة بها، وأشارت إليه كثير من دساتير العديد من دول العالم المعاصر(2).

ولقد تعددت التعريفات الخاصة بحق الدفاع كونه لا يعدو أن يكون تبيان مراحل معينة في حق الدفاع يتمتع بها المتهم عند دفاعه عن نفسه في كل أطوار الدعوى يوفر للمتهم ضمانات أساسية لا غنى له عنها في إثبات براءته. فقد قيل أن المقصود به هو: «تمكين المتهم من درء الاتهام عن نفسه إما بإثبات فساد دليله، أو بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة»(3).

كما عرف على أساس أنه «مجموعة من الأنشطة يباشرها المتهم بنفسه أو بواسطة محاميه لتأكيد وجهة نظره في الادعاء القائم عليه»(4).

على أن التعريف الأكثر دقة وشمولا لجميع العناصر التي يكفلها حق الدفاع من ضمانات وإجراءات أمام السلطة القضائية هو أنه: «مجموعة الضمانات أو امتيازات يتمتع بها أي فرد يتعرض لتهديد في نفسه أو حياته أو حريته أو ماله من جراء الاتهام الموجه إليه أو المهدد بتوجيهه إليه، عند تبيان براءته أمام السلطات القضائية».

---

(1) الدستور الجزائري، 1996، المادة: 148، ص:37.

(2) عبد الحميد الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص:17.

(3) محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، (منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001)، ص:6.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:97.

البند الثاني: أهميته.

تبدو أهمية حق الدفاع في أنه يتأسس على فكرة (المساواة بين الفرد) أو التوازن بين السلطة العامة للدولة في الاتهام. ولا تقتصر أهمية حق الدفاع على تحقيق مصلحة المتهم فحسب، وإنما تمتد إلى المساعدة الفعالة في تنفيذ مهمة القضاء وتحقيق العدالة[1].

وتقرير الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 11 منه على قوة الإعلان في تقرير ذلك على «كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونيا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه»[2].

ونظرا لأهمية حق الدفاع في حياة المتهم وكذا تحقيق المحاكمة العادلة والمنصفة ضروري تكريس هذا المبدأ في غاية الأساسية للفرد، كمبدأ الشرعية وقرينة البراءة، نص عليه المشرع الجزائري في الدستور في نص المادة 151 ما يلي: «الحق في الدفاع معترف به ومضمون في القضايا الجزائية»[3].

الفرع الثاني: الاستجواب وضماناته.

يعتبر الاستجواب من أهم مراحل الدفاع، كونه فرصة للمتهم في الرد على ما نسب إليه، وفي مواجهة ما قدم ضده من الأدلة، ويعتبر حق الاستجواب مضمونا للفرد، إذ أنه من الضمانات في الأمن الفردي، حيث أنه تمنح فرصة الدفاع للمتهم حيث لا يكون هناك تعسف في نسب التهمة إليه.

البند الأول: مفهوم الاستجواب.

والاستجواب هو: (مناقشة المتهم تفصيليا في التهمة المنسوبة إليه من قبل جهة التحقيق، ومطالبته بإبداء رأيه في الأدلة القائمة ضده إما تفنيدا أو تسليما، ومحاولة كشف الحقيقة واستظهارها بالطرق القانونية)[4].

---

(1) محمد خميس، الإخلال بحق المتهم في الدفاع، ص:7-8.

(2) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:96-97.

(3) الدستور الجزائري، 1996، المادة: 151، ص:37.

(4) عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي (منشأة المعارف)، ص:242.

البند الثاني: ضمانات المتهم في الاستجواب.

الفقرة الأولى: ضمانات الاستجواب في الشريعة الإسلامية.

لقد جاءت الأحاديث والآثار في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم والتي تؤكد ما يؤكد حق المتهم في الدفاع عن نفسه، وتفنيد الأدلة القائمة ضده، حيث لا يصدر الحكم، ولا توقع العقوبة إلا بعد الاستجواب[1].

والاستجواب في الشريعة الإسلامية له ضمانات، منها ما يتعلق بالمحقق، ومنها ما يتعلق بطبيعة الجريمة، ومنها ما يتعلق باستعمال الوسائل في الجريمة لحمل المتهم على الاعتراف.

أولا: الضمانات المتعلقة بالمحقق.

الاستجواب المتهم لا يجوز أن يجريه إلا من له أن يباشر مرحلة التحقيق الابتدائية، والثابت في الشريعة الإسلامية أنه كان يباشر التحقيق جهتان والي المظالم والمحتسب[2].

ثانيا: عدم جواز تعرض المتهم إلى التعذيب أو معاملة قاسية.

وقد جاءت الأحاديث والآثار كثيرة في ذلك، ومنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على التعذيب بقوله: «إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا»[3].

كما روي عنه عليه السلام أنه «نهى عن المثلة»[4].

وكذلك ثبت عن عمر بن الخطاب قوله: «... ألا لا تضربوا المسلمين فتذلوهم، ولا تجمروهم فتفتنوهم، ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم، ولا تنزلوهم الغياض فتضيعوهم»[5].

وكتب عدي بن أرطأة، عامل كان لعمر بن عبد العزيز إليه (أما بعد فإن أناسا قبلنا لا يؤدون ما عليهم من الخراج حتى يمسهم شيء من العذاب) فكتب إليه عمر (أما بعد فالعجب كل

---

(1) عبد الحميد الشواربي، ضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص:28.

(2) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص:67.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب البر والصلة والآداب، باب "الوعيد الشديد لمن عذب الناس بغير حق"، (2613)، 2018/4.

(4) أخرجه: الدارمي، السنن، كتاب العيدين، "باب التشديد على كثرة الصلاة ونفر من المثلة"، 54/2.
قال الهيثمي في مجمع الزوائد "رواه البزار وأبو يعلى إلا أنه قال: عن ضرب وفيه موسى بن عبيدة وهو متروك"، 296/1.

(5) أخرجه أحمد، المسند، 41/1.
وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : «... ألا فلا تضربوا المسلمين فتذلوهم ولا تجمروهم فتفتنوهم ...: رواه أحمد وأبو فراس لم أر من جرحه ولا وثقه وبقية رجاله ثقات» 211/5.

العقوبة من استيفائها ... وكأن رأي ... عن البر كأنه جبة ... ، ... كتاب ... أعطاه ما قبله عفوا ولا حلفه، ... أن يلقوا ... .

...أحب من ألقاهم، والسجن[1].

في معاملة أرحم من ... معاملة للمتهم يا ... أي ... بريء.

... : لا ... أن يكون ... المتهم ... جرائم ... قرينة ... .

... له أن يسكت، وأن ينكل عن ... له، وجه ... لو كان نكول المتهم على أنه ... إقرار، فإنه سيكون إقرارا فيه شبهة، لأنه سكوت[2]، والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية أنه (لا ينسب لساكت قول)[3].

رابعا: عدم جواز إكراه المتهم ... على الاعتراف.

... الشريعة الإسلامية ... إكراه المتهم ... على الاعتراف بجرمه، فإن اعترف ... على إكراه، فهو اعتراف باطل، ويقتص من المكره سواء كان ... أو ... ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

... الماوردي ... جواز ... الاعتراف فقال: "... مع قوة التهمة أن يضرب المتهم ... التعزير ... ليصدق عن حاله ... فيه من التهم"[5].

أما ابن القيم، فيذكر المسألة على حسب حال المتهم فقال: "المتهم إما أن يكون بريئا من التهمة، أو فاجرا من أهلها، أو مجهول الحال، فإن كان بريئا ... عقوبته ... وإن كان مجهول الحال ... حاله عند عامة علماء الإسلام، وإن كان معروفا بالفجور كالسرقة وقطع الطريق والقتل ونحو ذلك، فإذا جاز حبس المجهول ... من أهل النوع ... المتهم"[6].

والذي أراه أن الإقرار ... الجمهور لأنه يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية من السماحة، وعدم ... المتهم لأي وسيلة من وسائل التعذيب، وجاءت السنة النبوية ... أحاديث

---

(1) أبو يوسف، الخراج، ص:103.

(2) عثمان عبد ... ، حق الأمن الفردي ... الإسلام، ص:68.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص:266.

(4) ... : موقف الشريعة من نظرية الدفاع ... ، ص53.

(5) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص220.

(6) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص:101.

الله عليه وسلم، كقوله عليه الصلاة والسلام: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"(1).

وروي عن عمر أنه قال: "ليس الرجل بأمين على نفسه إذا أجعته أو أخفته أو حبسته أو أوثقته"(2).

ويدل أن الشريعة الإسلامية تعطي القول بتكرار الإقرار، حيث ذهب الأحناف إليه، فطلب أبو حنيفة وأصحابه والحنابلة أنه لا يجب الحد إلا بعد الإقرارات الأربع في أربعة مجالس(3).

والقاعدة الإسلامية ملزمة بتلقين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الحاكم، يجب عليه إذا أقر عنده أحد بارتكاب جرائم الحدود الإسلامية أن يعرض له بالرجوع(4).

إن الشريعة الإسلامية لم تكتف بتعدد صور الإقرار، بل أكدت أن الإقرار الأول قد لا يكون كافيا ولا بد وأن يعدد المرات، فمن الثاني والثالث أحيانا ومنها سديد، إن المتهم في بداية عهده بالاتهام، قد يلتبس عليه الأمر، ولا يستطيع الكلام، وقد يتلفظ بما لا يستشعر ولا يعي ما يقول دون انتباه إليه، لإعطائه فرصة أكبر للتأكد من الإقرار بعد نيل هدوء نفسه، واستقرار حاله.

ثانيا: **حق المتهم في التعويض الأدبي والمعنوي.**

إن المتهم له الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية والمعنوية التي لحقت به من جراء سوء معاملته بإهانة أو وعيد(5).

ثالثا: **حق المتهم في الرجوع عن الإقرار.**

---

(1) أخرجه: ابن ماجة، السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، (2045)، 659/1.

قال في مصباح الزجاجة «هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع والظاهر أنه منقطع، بدليل زيادة عبيد بن عمير في الطريق الثاني، وليس ببعيد أن يكون السقط من صنعة الوليد بن مسلم فإنه كان يدلس تدليس التسوية ورواه البيهقي في سننه».126/2.

قال النووي في الروضة من الطلاق في باب تعليق الطلاق، "حديث رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، قال حديث حسن وقد رواه أهل الأربعة" 281/1 (450).

وقال في نصب الراية " إن الحديث يوجد في كتب الفقهاء كثيرا يذكرونه، فلم يوجد في كتب الحديث"، 65/2.

(2) أخرجه: ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود (28303)، 793/5.

(3) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة، ص:94.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص:61.

(5) عبد الحميد الشواربي، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص:36.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أنه للمقر أن يرجع عن إقراره ولا يحد[1]. وقد روى الترمذي (أن ماعز الأسلمي لما أقر على نفسه بالزنا، فرجم فلما وجد مس الحجارة، فر يشتد حتى مر برجل معه لحي جمل، فضربه به، وضربه الناس حتى مات، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هلا تركتموه»)[2].

الفقرة الثانية: ضمانات الاستجواب في القانون الوضعي.

أقر القانون الوضعي ضمانات خاصة بالاستجواب تكفل عدم الاعتداء على المتهم، وكذلك عدم المساس بحريته كونه بالاستجواب القائم من جانب الدولة، ومن هذه الضمانات:

أولاً: حق المتهم في الصمت: تعني مبدأ حرية الفرد في نفسه على جميع إجراءات الدعوى الجنائية وحتى النطق بالحكم عليه، حيث أنه بريء حتى يثبت العكس بالحكم النهائي، وقد أجمع الفقه والقضاء على أن للمتهم الحرية الكاملة في عدم إبداء أقواله[3].

ثانياً: الصفة القانونية للقائم بالاستجواب: لكي يكون الاستجواب حقيقياً وقانونياً لا بد وأن يكون القائم به مختصاً، وفق ما يسمح به القانون[4].

ثالثاً: احترام إرادة المتهم وكفالة الحرية له أثناء الاستجواب: للمتهم مطلق الحرية في أن يجيب عن الأسئلة أو أن يمتنع عنها وليس للمحقق أن يرغمه على الإجابة كما أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال استعمال أية وسيلة من شأنها التأثير على إرادة المتهم[5].

رابعاً: حق المتهم بالاستعانة بمحام: يعد حق الاستعانة بمدافع حق أصيل للمتهم، فهو من الضمانات الأساسية لممارسة العدالة[6].

---

(1) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة، ص95.

(2) أخرجه: الترمذي، السنن، كتاب الحدود، باب "ما جاء في درء الحد عن المعترف إذا رجع"، (1428)، 36/4. قال أبو عيسى هذا حديث حسن. أخرجه أحمد، المسند، 381/3، وغيرهم.

(3) ينظر: عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، ص:247.

(4) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:307-308.

(5) ينظر عبد الحميد الشاعر الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة والقانون، ص:23.

(6) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 101.

وحق المتهم في الاستعانة بمدافع لا يكون أمام المحكمة التي تجري التحقيق النهائي فحسب ولكنه لازم في مرحلة التحقيق الابتدائي التي لا تقل أهمية في تحديد مصير المتهم عن المحاكمة النهائية[1].

الفقرة الثالثة: الضمانات الاستجوابية في التشريع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على جملة من الضمانات التي كفلها القانون الوضعي للمتهم أثناء استجوابه، تهدف إلى المحافظة على اطمئنان المتهم وراحته في الدفاع عن نفسه بلباقة عن طريق الحرص على حريته وكرامته وكذا الثقة بنفسه وأهم هذه الضمانات:

أولا: جهة التحقيق: لقد خص المشرع الجزائري قاضي التحقيق حيث نصت المادة 68 (ق.إ.ج):

«يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة بالتحري عن أدلة الاتهام وأدلة النفي».[2]، ويجب أن يتم التحقيق بمعرفة المحقق ذاته ويعلمه بالوقائع المنسوبة إليه حيث نصت المادة 100 (ق.إ.ج): «يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه»[3].

كما نصت المادة 101 (ق.إ.ج) على أنه «يجوز لقاضي التحقيق على الرغم من مقتضيات الأحكام المنصوص عليها في المادة 100 أن يقوم في الحال بإجراء استجوابات أو مواجهات ...»[4] ولا يجوز لغير المحقق إجراء الاستجواب كأصل، وإن كان يجوز لوكيل الجمهورية استثناء استجواب المتهم المتلبس بجريمة جنائية أو جنحة وفقا لما تحدده المادتان 58، 59 (ق.إ.ج)[5].

ثانيا: استجواب المتهم ولو مرة واحدة: يجب على قاضي التحقيق قبل إصدار أمره بالإحالة أو إحالته على الجهات القضائية المختصة أن يقوم باستجوابه ولو مرة واحدة على الأقل[6].

ثالثا: حرية المتهم في إبداء أقواله: ويستفاد ذلك من نص المادة 100 حيث نصت على: «ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر»[1].

---

(1) سليمان عبد المنعم، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، ص:44.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 68، ص:44.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 100، ص:62.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 101، ص:63.

(5) ينظر: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، ص:354.

(6) ينظر عبد الله أوهايبية، قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:335.

رابعاً: عدم تحليف المتهم اليمين: وأصل هذا القسم أو اليمين يعتبر صيغة من صيغ القانون مسبقاً ما يقرره من أنه، فالقانون يعفي المتهم من أن يحلف اليمين، ومن الأصل فيه أنه بريء مما ينسب إليه، حتى إقامة الدليل على إدانته من طرف النيابة العامة[2]. تنص المادة 2/89 (ق.إ.ج.ج): «ولا يجوز لقاضي التحقيق أن يباشر التحقيق ولا لرجل القضاء ولا ما يوجبه أن يقدم إلى النيابة العامة وهو يعيهم القيام بإجراءات الإتهام التي تنفي حقوق الدفاع بالاستماع إلى شهادة شهود توجد ضدهم دلائل قوية ومتوافقة على قيام اتهام في حقهم»[3].

الفرع الثالث: الحق في حضور الإجراءات والاستعانة بمحام.

إن الحق في حضور المتهم للإجراءات وحقه في الاستعانة بمحام لاشك منه تحقيقاً للأمن الفردي، ذلك في أي حال من أحوال البحث في قضية المتهم دون حضوره شخصياً أو حضور من ينوب عنه.

البند الأول: الحق في حضور الإجراءات.

الفقرة الأولى: الحق في حضور الإجراءات في الشريعة الإسلامية: الحق في حضور الإجراءات التحقيق في الشريعة الإسلامية مكفول وأساسه الضمانات الممنوحة للمتهم أثناء الاستجواب، والتي منها حقه في عدم إجباره على الإقرار، وعدم جواز إكراهه على الاعتراف، وكذا حقه في الدفاع عن نفسه في حالات، والاستعانة بوكيل عنه في حالات أخرى.

كما أن الحق له أساساً في الشريعة الإسلامية يتمثل في مراعاة الحرية الفردية للمتهم بحضوره، أو حضور محاميه وذلك لتمكينه من حق الدفاع.

الفقرة الثانية: الحق في حضور الإجراءات في القانون الوضعي: تكفل القانون الحق في حضور إجراءات التحقيق، ويستند الحق في مبررات أبرزها أن التحقيق يدور في جو قوامه رقابة عليه من قبل الأطراف وبعث الثقة والطمأنينة في نفوس الخصوم وهم يرون إجراءات التحقيق تجري تحت أعينهم[4].

---

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:100، ص:62.

(2) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:396.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:2/89، ص:58.

(4) سليمان عبد المنعم: إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى القضاء الجنائي، ص:47.

ǅلا أن ا ǅ ǅ يعرǒ استǃناǅات لا ǆكǅ المǅǆǅ ǅǅ حǅور ǅجراǅات وǅǅ ǅǅلǅ حǅلǅ
الǅرورǅ والاستعǅال.

أǅ: حالة الǅرورǅ: ǅلǅǅ ǅǅ التǅقيǅ أن ǅǅري ǅǅ ǅيبة ǅǅ ǅǅ ǅǅ ǅر ǅǅ ǅرورǅ ǅǅǅ
ǅǅǅهار ا ǅقيقة، ومǅ الǅعب وǅǅ ǅعريǅ الة الǅرورǅ، لكǅǅها ǅǅدر ǅǅ ǅǅǅ المǅرǒ
وا ǅǅسات اǅيطة ǅعملية التǅقيǅ.

ǅǅǅǅ: حالة الاستعǅال: ومǅاǅ حالة الاستعǅال، أن للمǅقǅ أن يباǅر ǅون ǅǅǅ ǅǅ ǅǅǅǅ
ǅجراǅات التǅقيǅ، اǅǅ لا ǅǅمǅ التǅǅ ، ولو أǅǅ ǅǅǅ مباǅرǅ ǅǅ ǅǅ حǅور ا ǅǅǅ، ومǅǅال
ǅǅǅ ا ǅǅبار ǅǅǅǅǅ ǅǅǅǅ ǅǅǅǅ عǅǅ ا وت[1].

الǅǅرة ا ǅǅǅǅ: ا ǅǅ ǅ حǅور اǅǅ جراǅات ǅ التǅريع ا ǅǅائري.

ا ǅǅ ǅ حǅور اǅǅ جراǅات مكفول ǅ التǅريع ا ǅǅائري للمتهم وكǅǅ ا ǅǅǅ، وǅن كانǅ
ǅǅǅǅ حالات ǅǅوǅ ǅيها ǅجراǅ التǅقيǅ ǅ ǅيابǅ ا ǅǅǅ، وǅǅ ǅǅǅǅǅ ǅ ا ǅǅǅ 101، 99 مǅ
(ǅ.ǅ.ǅ) حيث ǅنص ا ǅǅǅ 99 عǅǅ: «ǅǅǅ ǅǅǅǅ عǅǅ ǅǅǅǅ ا ǅور انتقل ǅليه قاǅǅ التǅقيǅ
لساǅ ǅǅهاǅ ǅǅǅǅ أو ǅǅǅ ا ǅǅǅǅ الغرǅ ǅǅǅǅ اǅǅناǅة القǅائية، ǅǅǅǅ ǅǅǅ مǅ أن اǅǅǅǅǅǅ قد أǅǅǅ ǅǅ كǅǅǅ
عدǅ استطاعته ا ǅور، أجاǅ له أن ينǅǅ ǅǅǅ اǅǅ جراǅات القانونية ǅǅبقا للǅǅǅǅ 97»[2].

أما ا ǅǅǅ 101 (ǅ.ǅ.ǅ) ǅتنص عǅǅ: «ǅǅوǅ لقاǅǅ التǅقيǅ عǅǅ الرǅǅ مǅ مقتǅǅيات
ا ǅǅكام ا ǅǅǅǅ ǅǅǅ عليها ǅ ا ǅǅǅ 100 أن يقوǅ ǅ ا ال ǅǅǅǅراǅ استǅوابǅ أو مواجهات ǅǅتǅǅيها
حالة الاستعǅال ناǅǅة عǅ وجوǅ ǅǅǅǅ ǅǅ ǅǅǅǅ ǅطر ا وت، أو وجوǅ أمارات عǅǅ وǅǅ ǅǅ الاǅǅتǅاǅ، وǅǅب
أن يǅǅكر ǅ اǅǅǅر ǅواعǅ الاستعǅال»[3].

والاستعǅال كǅǅا ǅو مقرر ǅ القانون ǅ ǅ ǅرǅ ǅ حالاǅǅ عǅǅ سبيل ا ǅǅر ǅǅǅǅǅديد ǅǅيǅǅا، وǅǅǅǅ
ǅǅ حالات وارǅǅ عǅǅ سبيل ا ǅǅال، ǅǅ ينترǅ للقاǅǅ اǅǅǅ ǅǅقدير مدǅ وجوǅ حالة الاستعǅال مǅ
عدمها، أما ǅالنسبة الة التفتيǅ ǅ ǅيابǅ ا ǅǅǅ، ǅقد أǅǅǅ ا ǅǅǅǅǅ ا ǅǅǅائري ǅǅǅكانيǅǅ ǅجراǅǅ
التفتيǅ ǅ ǅيابǅ صاحب ا سكǅ أو مǅ ينوǅǅ[4].

(1) يǅǅر: سǅيمان عبد ا ǅǅǅǅ، ǅحالة الدعوǅ القǅائية من سǅطة التǅقيق ǅǅ ǅǅǅǅ ا ǅǅǅǅ، ص:48 وما بعدǅا.

(2) ǅǅانون اǅǅǅراءات ا ǅزائية ا ǅزائري، ا ادǅ: 99، ص:62.

(3) ǅǅانون اǅǅǅراءات ا ǅزائية ا ǅزائري، ا ادǅ 1:01، ص:63.

(4) عبد أ ǅǅابيبة، ǅǅǅǅ ǅǅانون اǅǅǅراءات ا ǅزائية ا ǅزائري، ص315.

يفصل القاضي في وجود الضرورة وكفايتها والنيابة العامة في إجراءات التشريع الجزائري، إلا أن هناك حالات الضرورة وكفايتها حالات استعجال فيها استثناء من ضمانات إجراءات التفتيش.

وعلى المشرع الجزائري تحديد حالات الضرورة والاستعجال بقدر المستطاع والتفصيل فيها، وإلا وقع في المساس بضمانات خاصة للمتهم بالنسبة لهذه الحالات الحرجة، لأن حضور المتهم له مصداقية أكثر في إجراءات التفتيش، أما جواز التفتيش في المسكن دون صاحبه أو النائب عنه، فيجب تضييقه قدر المستطاع، لأن المنازل حرمات، لا يجوز انتهاكها، وإن كان ولا بد من إجراءه فيجب وضع ضمانات لحماية المتهم عند القيام بهذه الإجراءات.

البند الثاني: حق المتهم بالاستعانة بمحام.

الفقرة الأولى: حق الاستعانة في التشريع الإسلامي.

يجوز للمتهم قبل الحكم عليه أن يستعين بمن يدافع عنه حيث قد يؤدي الحكم عليه إلى إهدار دمه أو حريته أو النيل من بدنه، أو الانتقاص من حريته واعتباره، وهذا ما يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها[1].

والاستعانة في الشريعة الإسلامية أو كما يسمى حاليا الوكالة مكفول بالأدلة والأصول العامة سواء من القرآن أو السنة والإجماع.

أولا: من الكتاب: قوله تعالى: «فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا»[2]، وقوله أيضا: «فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا»[3].

---

(1) عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات، ص:313.

(2) القرآن الكريم، سورة الكهف، الآية:19.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية:35.

ومن السنة: روى أبو داوود عن جابر قال: "أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت له إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا"(1).

ومن الإجماع: أجمع الفقهاء على جواز الوكالة في الخصومة، لأن الحاجة داعية إليها، ولأنها جائزة من باب التعاون على البر والتقوى (2).

الفقرة الثانية: حق الاستعانة بمحام في القانون الوضعي.

يعد حق الدفاع حق أصيل للمتهم وضمانة أساسية للعدل، إذ أن حضور المدافع عن موكله أثناء التحقيق والمحاكمة ضمانة لسلامة الإجراءات ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة، كما يعمل حضوره على أنه يهدئ من روع المتهم ويساعده على الإدلاء بأقواله في اطمئنان(3).

ولقد اهتمت الإعلانات الدولية بحق المتهم في الدفاع، فقد جاء في ميثاق حقوق الإنسان الصادر 1948 في المادة 11 منه على ضرورة توافر الضمانات اللازمة للدفاع عنه(4) كما قررت الحلقة الدراسية المنعقدة في باجيو الفلبين في 07 فبراير 1958 في البند (35) أن: «حق المتهم في الاستعانة بمحام يبدأ من وقت القبض عليه أو تكليفه بالحضور، أما المتهم الذي لا يستطيع دفع أجر محام، فإن الدولة ينبغي أن تتولى إقامة محام له على الأقل بالنسبة للمتهمين في الجرائم الخطيرة» كما نصت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 على حق المتهم في الدفاع في المادة 3/14 (د) على أن «لكل فرد متهم بتهمة جنائية الحق في الحصول على الوقت والتسهيلات الكافية لإعداد دفاعه والاتصال بمحام يختاره بنفسه» (5).

الفقرة الثالثة: حق الاستعانة بمحام في التشريع الجزائري.

وحق الدفاع مكفول أولا دستوريا، حيث نص دستور 1996 في المادة 151 على: «الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية» (6).

---

(1) أخرجه أبو داوود، السنن، كتاب الأقضية، "باب في الوكالة"، (3632)، 314/3.
وذكره في نصب الراية «أعله ابن القطان بابن إسحاق وأنكر على عبد الحق سكوته عنه وهو صرح بالتحديث» 194/4.
(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص:76. ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج5، ص: 201.
(3) ينظر: عبد الحميد الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص:36.
(4) ينظر: محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:329- 328.
(5) ينظر: درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:102.
(6) الدستور الجزائري، 1996، المادة: 151، ص:37.

أما الاستعانة بمحام في قانون الإجراءات الجزائية فسيتم تناولها في النقاط التالية:

أولا: النصوص القانونية المتعلقة بالاستعانة بمحام: تنص المادة 100 (ق.إ.ج) على أنه: «... كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه، فإن لم يختر له محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر، كما ينبغي للقاضي فضلا عن ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة».[1]

أما المادة 105 (ق.إ.ج) تنص على «لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميهما، أو بعد دعوتهما قانونا، ما لم يتنازلا صراحة عن ذلك، ويستدعى المحامي بكتاب موصى عليه يرسل إليه بيومين (02) على الأقل قبل استجواب المتهم أو سماع الطرف المدني حسب الحالة. كما يجوز أيضا استدعاء المحامي شفاهة ويثبت ذلك بمحضر..».[2]

ثانيا: الآثار المترتبة على الاستعانة بمحام في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

1- حق المتهم في الاستعانة بمحام: وهذا حسب نص المادة 100 (ق.إ.ج) السالفة الذكر وكذا المادة 105 (ق.إ.ج).

2- دعوة المحامي لحضور استجواب موكله: تفرض المادة 105 (ق.إ.ج) حضور محامي المتهم استجوابه، حيث لا يجوز استجواب المتهم في الموضوع دون حضور محاميه.[3]

3- السماح للمحامي بالاطلاع على ملف موكله: تنص الفقرة الرابعة من المادة 105 (ق.إ.ج) على « ... ويجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل استجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل ...»، وهذا الإجراء يعتبر صورة من صور الدفاع المقرر للمتهم، فالحق في اطلاع المحامي على الملف تتوقف عليه فعالية حضور المحامي مع موكله ودفاعه عنه.[4]

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 120، ص:62.
(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 105، ص:64.
(3) انظر: أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص:75.
(4) انظر: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:360.

4- حĘ ا ﻟﻤتهم اﻟﻤوقوف Ž ﻣراسلة ﳏاميه: ويترتّب علﻰ اﻟﻤĿ Ę منع قاƬř التحقيĘ مň ƋƸ الرسائل الŖ يوجهها اﻟﻤتهم اﻟﻤوقوف ﶈاميه أو ﲝňň تسليمها له أو ﻣصادرƫا[1].

5- عدƇ الفǐÔ ﺑ ƙاﶈامي وموكله: تنص اﳌادƧ 102 من (ǆ.ǃ.ƛ) علﻰ: «... ƶوƽ للمتهم اﶈبوƩ ﲟجرƽ حبسه أن يتǐÔ ﲟحاميه ﲝرية، ولقاƬř التحقيĘ Ž ا ﳊĘ أن يقرر منعه من الاتǐÔ ﲟدƧ عشرƧ أيام، ولا يسري ﳍذا اﳌنع Ž أية حالة علﻰ ﳏامي اﳌتهم»[2]. ƹƶوƽ أصďǂ اǐÔ اﳌتهم ع ﳏاميه، ƸƶلƳ اﳌĿ ǽﳊرية الاتǐÔ ﲟوكله ﲟعد اﳊضور ﻷول مرƧ ǆǂĩ، وعليه ǆƶ الاستعاƩƧ ﲟأن يتم كلّ اتصال عاǂƹ ƹاŴوęƽ ﲝضور ﳏامي اﳌتهم[3].

ومع أﳘية وجوƽ اﶈامي Ž اﻹجراءات مع اﳌتهم، ﻷن ﻷن ﳚوƽ ﶈامي ﻣثلا ﻷن ﳚب أن ﻷن يحضر اﶈامي يبقﻰ سلبيا، ﲝيث أن التشريعات والقوانين ﻣن ƘƧ له أن ينوƛ عن اﳌتهم Ž اﻹجابة، أو أن ينبهه ﻷن ﳚيب موƸř الكƺ ƹوالسكوت، أو أن يراجع أما اﶈƧ حول أراƽ اﶈامي أن يوجه اﻷسئلة ƶعليه أ ƸمƛƧ أن Ƹř قاƬř التحقيĘ حسب نص اﳌادƧ107 (ǆ.ǃ.ƛ)[4]. وإن كان ƹ الكƺƹ لا يمنع ﻣن ﻣعرفة علﻰ ƺ ƘƧƹفه ƹƶ ĩĳĩ ﲝيث ﻓي حال من اﻷحوال أن يستهان ﲝالدور اﻟﺬي يقوم ﺑه اﶈامي ﻣ ĳ ، و ﲝ اﳌنكة القانونية، ﲟ Ž اﳉانب العاﻃƸ للدƷ ƴƶ ĳ موكله ĩƶ الناحية النفسية ﻓوجوƽ اﶈامي مع اﳌتهم ƸƶŢ اﳌ ĿƸƘŴ اﳌدواƧ والثقة ﲝل حƘ الفوƽ ﲟواجهة ما Ǘƽň ƹ řƙ ﲝ Ƹ ﲟن اﳊضور النفسي له ƸƶƧ كما Ž اﳌدƧ اﳌتهم واﻹصرار علﻰ الدƷ ƴƶ ĩƶ نفسه.

وﲟصة القول Ž اﳌĿ حيث أن حĘ اﳊماية الفرƽي مكفول ﲝتواجد ƹ ĩƶ ƘƧانات أصيلة ﲝ ƹƹ اﳉرƽƧ عند ﻣعرفتهم ƸŢĹĩ Ž مرحلة التحقيĘ الابتدائي، ƸŢĹĩ اﳌرحلة اﳍامة الŖ قد يدان فيها الفرƽ ƽون وجه حĘ، وƽون منهم Ž ا ĿĹĩ ،ĘƶŢ الدƴ Ž اﻷصل Ž الشريعة اﻹسلامية ﲝآيات قرآنية وأحاƽيث نبوية.

ومن ƸƶŢ ا ĘƸ Ž الدƴ ا ĘƸ Ž الاستعاƩƧ، والشريعة اﻹسلامية سبقت القوانين الوضعية Ž ŴƸƸ ƘƧانات ﲝات مقاصد إنسانية و شرعية للمتهم Ž مرحلة الاستجواب، كعدƇ جواƽ ƸŢĹĩ ƸƶƧ اﳌتهم للتعذيب واﻹكراه، والتحليف Ž اﻹقرار والبينة، وا ĘƸ Ž ƸƶŢ ﲝƴƸ اﳌتهم ماƽيا ومعنويا، أما اﳌشهر للدƴ Ž ا ĘƸ ﲝضور اﻹجراءات والاستعانة ﲟحامٍ، وإن كان اﳌĿ

(1) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص:75.
(2) قانون اﻹجراءات اﳉزائية اﳉزائري، اﳌادة 102، ص:64.
(3) عبد الله أوهايبية، شرح قانون اﻹجراءات اﳉزائية اﳉزائري، ص: 360-361.
(4) ينظر: ﳏمد ﳏدة، ضمانات اﳌتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ج3، ص:334.

Ž ĺlǿ سلبا ɲûǿ lǿɩ" ﻝlDz الاستع حالة ،ǥرورĤ الم" حالة Ʈɩř القانون الو Ž ǁاتǁĭاست ȣ يعر Ę l

اعتبار Ȼ řĺlǿ ĺlǿ للمتهم، ǌنه Ž ا ĵريعة الإqمية حŖɤ ȳعا ومطلق أساسه Ǝقي ĘـــــÔlĤة الفǿرةأ Ž

عدŸ حرمانه ȹه حقه الدlzţ Ž.

المبحث الثالث: ضمانات السرية في تحقيق الأمن الفردي.

ǚن ȹه مستلȂمات ǡ Ž Ęl ǐǿيȹǐ، عدŸ ǐعرÔ الفرأ ǐي نوɭ ȹه أنواǐ التȂ ǁهǐ أو الاعتداǁ

على حياǐه اǁاصة، أو ǐسرā أǹبار ÔǸه وǸص ما يفعله سواǁ أكان ĺǿǾ الفرأ ǚنسانا ĺǿ ǐريǐا ĺǿ أو

متهما، أو ȂǁكوكاĺǇ ǐيه لوجوأ قرائǐ ȷدينه، ǚسرار العامة حرمات لا ǏوǄ ǁǏي ǚتريقة ȹه ĘقǿرĞا

الاعتداǁ عليهاǚ ǚحياناĺ ولطبيعة التĤقيĘ Ž ا ǁرائم ǐĤطر السلطات ا ĀǐÔة القياŸ ǐĤريات أولية

للكȂ Ǫ ǐع ا ȂتبĘ ǏـيهمĘ، ويتم استدعاǚǁم والتĤقيĘ معهم، وحفاĺļ على ا Ę Ž ǡǿ الفرأي لا

ǏĤد ȹه التÔŸي السرية ǐÔǸوصاĺ وأنه Ž ǏĤداية التĤقيĘ ǐĹهر وفائع ȂكوǑة ǏـيهاĘ، وفد ǐتسرā أǹبار ǿǾ

لا ǏĤفة ĺ ǏǏÔĤة، ǐدين الفرأ وǏعله متهماĺ Ž ǐنĻر العامة، وĺǿǾ ما يسǚ ǚǁ وجوأȻ كفرأ وȜǚ

ȹه كرامته واعتÔlȻ ǏـنفسهĘ، والسرية ليسǨ řĺlǿ لتĤقيĘ ا ǡǿ الفرأي ǏǐĘ، بل ǐǿ Ǵـ ǡǿǿ

ا ǐĺاعǐ، ǏǐĘ ا رائم ا ǐǹط ǥ يتطلب التĤقيĘ نوعاĺ ȹه السرية ȼنع ǐÂǏǿ ا ǼǿǑة أو Ęائǿ ǐ ǿرأā

ا ȂهوȂ أو حǴ اǚرم .

ĘǏ ا ǡǿ الفرأي يستلŸÂ وřǐ عǐ řǐ مانات للسرية، حيث لا يتم ا ǥروȜ عȹ نطاقها ǚǚلا Ž

حالات معينة يتطلبها القانون، وǐبعاĺ جراǁات لاǚمة كالاǁهاǥ ǐĵ، وǿǾ كله للمǁواǁنة Ǐ حǿĘ

ǚعتبȂ Ž التȂ ǐهǐ ǚنا ǥ عاقبته وانǐĤجار Ǝ ǏǏم، وحĘ الفرأ Ž أمنه واحترام ŸǐǸوصياǐه وعدŸ

التǐȂيبع ǐه ǏǏون وجه حĘ.

المطلب الأول: مفهوم السرية وأهميتها.

الفرع الأول: مفهوم السرية.

و [illegible] « القيام [illegible] مكان [illegible] قائم بالتحقيق أصلا، أو كل [illegible] جراء [illegible] جراءه [illegible]، أو [illegible] فيه، [illegible] على [illegible] السرية [illegible] مستطاع [illegible] ما استلزمه القانون، وأن [illegible] ون أن [illegible] السرية [illegible] رار [illegible] الدفوع [illegible]»(1).

وإن كان [illegible] التعريف [illegible] طول [illegible] مع [illegible] السرية، [illegible] سبيل [illegible] عليها، كإجراء [illegible] جراءات التحقيق، وأتم [illegible] فهو [illegible] جرائم للسرية [illegible] ون سواء، و[illegible] افتر[illegible] التعريف [illegible] للسرية «[illegible] بار [illegible] اصة بالفرد أو [illegible] تهم، أثناء القيام [illegible] جراءات يستلزمها القانون، و[illegible] انات كفيلة [illegible] اية الفرد [illegible] حال [illegible] روج [illegible] عنها».

الفرع الثاني: أهمية السرية.

للسرية أهمية [illegible] اية [illegible] الفردي، و[illegible] فيه [illegible] اعة، و[illegible] أهميتها [illegible]:

أ[illegible]: [illegible] السرية [illegible] اعة، [illegible] يث [illegible] عالية أكثر [illegible] هو [illegible] موري [illegible] ئة، [illegible] أثناء [illegible] جهود [illegible] التحقيق، [illegible] نية [illegible] أثناء [illegible] ع الاستدلالات و[illegible] ريات [illegible] بطية القضائية أو التحقيق الابتدائية [illegible] أن [illegible] جراءات، [illegible] فقد يعتقد [illegible] تبه [illegible] يه أو [illegible] تهم [illegible] أو [illegible] الة أ[illegible] رعة(2).

[illegible]: إن السرية [illegible] عة [illegible] تهم و[illegible] رته واعتبار [illegible] كل [illegible] اس [illegible] هم [illegible] طبيب أو [illegible] أو [illegible] على مستقبله [illegible] ئنته [illegible] يبقى الناس [illegible] رون [illegible] ليه [illegible] الريبة و[illegible] وساور [illegible] ئنا [illegible] نون(3).

[illegible]: إن [illegible] نية [illegible] أن [illegible] على حيدو [illegible] على آراء [illegible] و[illegible] هاله و[illegible] اصة [illegible] ووسائل [illegible] مو [illegible] رعة بطريقة [illegible] على [illegible] العدالة(4).

(1) [illegible]مد [illegible]، ضمانات [illegible] أثناء التحقيق، ج3، ص:119.

(2) [illegible] [illegible]مد [illegible]، سرية [illegible]ستد[illegible]ت والتحقيقات وأثرها على [illegible]، "[illegible]ة [illegible]حقوق"، ص:120.

(3) [illegible] الدين [illegible]، سرية التحقيق [illegible] بدأ والتطبيق، "[illegible]"، (جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2000-2001)، ص:52.

(4) [illegible] [illegible]مد [illegible]، سرية [illegible]ستد[illegible]ت والتحقيقات وأثرها على [illegible]، ص:160.

رابعاً: أن أكثر ما يبرر السرية وعدم العلانية هو حماية الآداب العامة والرذيلة في وسائل الإعلام الاجتماعية، وخاصة عندما يتعلق الأمر بجرائم أخلاقية حيث في كثير من الأحيان نجد المتهم نفسه يطلب أن تكون التحقيقات سرية(1).

المطلب الثاني: مجال السرية.

إن السرية لا تحدد نطاقها في مجال السرية وحدها في مجال التحقيقات، أو مجرد سرية الاستدلالات وأقوال وسرية المراسلات بل تمتد إلى مجالات أخرى للسرية،كالسرية في المسكن أو خصوصية ما يحدث فيه باعتباره مستودع الفرد يحفظ كل أقواله وأفعاله، وكذلك سرية المراسلات، والسرية في كتمان ما يجب كتمانه من الأسرار، فيجب على الموظف الذي يجب أن يتبع كل مجالات السرية خاصة الكيانات الفردية من التدخل في شؤونه والاطلاع على أسراره إلا في حالة القيام بإجراء قانوني أو الكشف عن جريمة ما.

الفرع الأول: حرمة المساكن.

إن المساكن أماكن للراحة والاستقرار وكذلك الطمأنينة، فالفرد لا يأمن على نفسه إلا إذا تأكد أن مسكنه ذو حرمة وخصوصية تمنع الغير من التطلع على كل ما يحدث فيه من فعل أو قول، ولكن أحياناً قد تتطلب التحقيقات الولوج خفية أو الاقتحام عنوة إلى مسكن الفرد باعتباره متهماً فيه أو حائزاً لأدلة تحقق الجريمة، ولهذا لا يجوز في أي حال من الأحوال الاعتداء على المساكن وتجاوز مقاييس وضمانات حماية ساكنيها.

والمسكن هو المكان الذي يأوي إليه الإنسان ويتخذه مقراً له، ويدخل في ذلك المكان الذي يقيم فيه فترات معينة، كما يدخل المكان الذي يعد للسكنى وإن كان يتغيب عنه، باعتباره أنه بمثابة المكان المسكون فعلاً، أو المعد للسكنى(2).

البند الأول: حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية.

أولاً: أصل وأساس حرمة المسكن: يعد المسكن من أهم وأوسع نطاق حماية من التطفل أو الاعتداء السلطة أو الأفراد على خصوصيات الساكن، ومن معاني المسكن الأمن(3)، ويؤكد قوله تعالى: «لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا»(4)، وقوله

---

(1) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:124.

(2) عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، ص:207.

(3) يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، (دار الفكر العربي،الطبعة الأولى 1998)، ص:29.

(4) القرآن الكريم، سورة النور، 27.

«يَا أَيُّهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسَاكِنَكُمْ لَا يَحْطِمَنَّكُمْ سُلَيْمَانُ وَجُنُودُهُ»(1).

ولقد صانت الشريعة الإسلامية حرمة المساكن لكل أفرادها، فلهم حرية التمتع فيها والسكن فيها، وعلى الدولة كفالة الحاجات الأساسية لأفرادها، وحرمت الشريعة التلصص والتجسس على مساكن الأفراد، والتتبع لعورات الناس(2)، وجاءت حرمة المسكن مؤكدة في الأحاديث النبوية، منها ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»(3).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقؤوا عينه فلا دية له»(4) وقوله أيضا: «إنما جعل الاستئذان من أجل البصر»(5).

ونظرا لما للمسكن من حرمة في الشريعة الإسلامية من أجل معانيه الإنسانية، وما يوفره للإنسان من شعور الفرد بالأمن والسكينة والطمأنينة، ونظرا لتقرير معالم حرمة المسكن، وتأكيد حرمته في آيات قرآنية، وأحاديث نبوية، وكذا اهتمام الفقهاء بالحماية الخاصة، وكذا تجريمهم للاعتداء على نطاق السرية، ونقل وتقرير العقاب للمنتهك لحرمة المساكن، وإذا كان للشريعة الإسلامية السبق في تطوير حرمة المسكن بضمانات أكيدة ومتينة كفيلة بالحماية لأفرادها.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على حرمة المسكن في الشريعة الإسلامية: فبالرغم من تأكيد الشريعة الإسلامية على الخصوصية وحرمة المسكن وتأكيدها لا مجال فيه للريبة والشك، وتقريره كمبدأ أصيل وعام فيها، إلا أن هناك حالات ضرورية يباح فيها الخروج عن هذا المبدأ القانوني ودخول المساكن، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: حالة الضرورة: وقد مثل الفقهاء لحالة الضرورة بحريق، أو غرق، أو استغاثة ملهوف، أو مقاتلة العدو(6).

---

(1) القرآن الكريم، سورة النمل، 18.

(2) وهبة الزحيلي، حق الحرية في العالم، (دار الفكر المعاصر)، ص:91.

(3) أخرجه: النسائي، السنن، كتاب القسامة، باب "عقوبة من اطلع"، (4858)، 8/60.

(4) أخرجه: البخاري، الصحيح، عن أبي هريرة قال: قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم: لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح (6506)، باب "من اطلع في بيت قوم ففقؤوا عينه فلا دية له"، كتاب الديات، فتح الباري 12/243. رواه أحمد، المسند، 2/385.

(5) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الاستئذان باب "التسليم والاستئذان ثلاثا" (6245)، فتح الباري، 11/27.

(6) ابن قدامة، المغني، ج9، ص:288.

ومنها حالة الضرورة بجواز الدخول إلى المسكن دون إذن، من ذلك صراخ أو استغاثة، بحيث لو تأخرت الإجراءات حتى يتم أخذ الإذن، تكون الفرصة في [illegible] مستحيلة، والتدخل في حالة الضرورة بالدخول إلى المساكن دون إذن مسبق إن كان هناك جريمة أو لا في حالة التتبع، كما في حالة قتال العدو.

الحالة الثانية: ظهور المنكر علانية: ومثل أن يظهر المنكر علانية في المسكن، بحيث يعرفه من هو خارجه، بشكل واضح، كانبعاث رائحة الخمر، أو ارتفاع أصوات السكارى بالكلمات الملوثة فيما بينهم، بحيث يسمعها المارة، أو يصاحب رجل امرأة أجنبية ليلًا أو نهارًا[1].

والحالة هذه لا يتطلب الدخول إلى المسكن إذنًا، حيث أن المسكن يحظى بحماية وكرامة للرذيلة والجريمة، وليس وعاءً للأمن والاستقرار، بحيث يصبح مكانًا [illegible] العام، وانتهاك [illegible] الطابع [illegible] العامة الحرية الفردية في [illegible] لطلب الإذن لدخول منزله.

الحالة الثالثة: القبض على المتهم.

أجاز الفقهاء للسلطات الدخول إلى المسكن دون إذن للقبض على المتهم، [illegible] بعد قيام البينة على اتهامه، [illegible] على [illegible] المتهم وإحضاره للمثول أمام القاضي[2]. واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم «والذي نفسي بيده لقد هممت أن آمر بحطب فيحطب، ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها، ثم آمر رجلًا فيؤم الناس، ثم أخالف إلى رجال فأحرق عليهم بيوتهم»[3].

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز الدخول إلى منازل من يتخلف عن [illegible] فيه، بدليل أنه أجاز الدخول على المتخلفين لإحراق النار عليهم في بيوتهم[4].

وإن كانت هذه الحالة في الدخول إلى المسكن دون إذن في سبيل القبض على المتهم، إلا أنه يجب [illegible] صاحب المسكن قبل اقتحامه، [illegible] مرحلة [illegible]، حيث أن المتهم قد يكون [illegible]، كما أن الاستدلال بالحديث [illegible] عن الامتناع عن عبادة كالصلاة، ليس [illegible] للقبض

---

(1) أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ص:280.

(2) محمد عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، ص:303.

(3) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الأذان، باب "وجوب صلاة الجماعة"، (644)، فتح الباري، ج125/2.

(4) ابن حجر، فتح الباري، ج105/2.

علىٰ المتهم، لأن المتنع عن الإدلاء بحقهم المعاصر ، حقهم في عاصمة، لأن المتنع للمتهم فقد يكون شريكًا وصفه وعلى حرمة مسكنه، وإن كان المتهم أو انتهاك حرمته أو حرمة مسكنه، وإن كان المتهم ، ليس كما المتهم مسيئًا، وإن المتبه ليه كما تيقن جرمه وتحقق، ويجيع الأحوال تحب وضع ضمانات للمتهم قبل الاعتداء علىٰ مسكنه.

البند الثاني: حرمة المسكن في التشريع الجزائري.

الجزائري حفظ للمسكن حرمته، ونص في القسم الرابع من الباب الثاني المتعلق بالاعتداءات الواقعة علىٰ الحريات الفردية، وحرمة المنازل والخطف، في المادة 295 من قانون العقوبات الجزائري أنه «كل من يدخل فجأة، أو خدعة، أو يقتحم منزل مواطن، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 1.000 إلى 10.000دج».

وإذا ارتكب الجنحة بالتهديد أو بالعنف تكون العقوبة بالحبس من خمس سنوات علىٰ الأقل إلى عشر سنوات علىٰ الأكثر، وبغرامة مالية من 5.000 إلى 20.000دج[(1)].

ويؤكد الدستور الجزائري علىٰ حرمة المساكن، في المادة 40 من دستور 28 نوفمبر 1996 «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضىٰ القانون، وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة»[(2)].

الفرع الثاني: حرمة المراسلات.

ويعد امتدادًا طبيعيًا للحرية الفردية الخصوصية، وحرمة الحياة الخاصة، ويهدف إلى سرية المراسلات إلى ممارسة الفرد حقه في الحرية، وحماية خصوصياته.

وحق الفرد في الخصوصية لا يتحقق إلا إذا كانت مراسلات الفرد عرضة للاطلاع والانتهاك، فالخصوصية والمراسلات ما تحمله من أسرار يأبىٰ أصحابها أن يطلع عليها الغير إلا بإذن مسبق منهم.

(1) قانون العقوبات الجزائري، المادة: 295، ص:186-187.

(2) الدستور الجزائري، 1996المادة:40، ص:11.

البند الأول: حرمة المراسلات في الشريعة الإسلامية.

تقررت حرمة المراسلات [illegible] مية [illegible] ريعة [illegible] يث نبوية وأحكام فقهية، ومن [illegible] حاديث الناهية عن [illegible] على رسائل الغير دون [illegible] قوله صلى الله عليه وسلم «من [illegible] النار»(1).

والنظر في رسائل الغير [illegible] كقاعدة عامة، [illegible] أن يكون جائزا [illegible] الرسائل [illegible] ، كأن تكون متعلقة بالأعمال الجاسوسية على [illegible] ، ويستدل على [illegible] الحديث الذي رواه [illegible] ، وشرحه [illegible] مسعود البغوي على [illegible]

«... عن [illegible] عن [illegible] رافع قال: [illegible] علي [illegible] الزبير [illegible] (موضع [illegible] (المدينة) [illegible] منها [illegible] بنا [illegible] : ما معي [illegible] (شبه المصفور) [illegible] بمكة يخبرهم [illegible] بعض أمر [illegible] النبي [illegible] يا [illegible] ما [illegible] امرءا ملصقا [illegible] قريش [illegible] قرابات [illegible] قرابة [illegible] يحمون بها قراباتهم [illegible] ما [illegible] يدا [illegible] عنه [illegible] عمر: يا رسول الله: دعني [illegible] المنافق [illegible] : [illegible] بدر [illegible] بدر [illegible] : اعملوا ما شئتم [illegible] ، ونزلت(2) «يَـا أيُّـهَـا الـذِيـنَ ءَامَنُـوا لاَ تَـتَّخِـذُوا عَـدُوِّي وَعَـدُوَّكُـم أولـيَـاء تُـلقُـونَ إِلـيْهِم بِـالمَـوَدَّة»(3).

---

(1) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الصلاة، باب "الدعاء"، 374/1، [illegible] أبو داوود: "روي [illegible] عن محمد بن كعب [illegible] واهية [illegible] الطريق [illegible] وهو ضعيف أيضا".

[illegible] نصب الراية [illegible] هشام بن زياد متروك، انتهى، 71/3.

(2) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب "الجاسوس" [illegible] عدوي وعدوكم أولياء ...» (3007)، فتح الباري، 143/6.

(3) القرآن الكريم، سورة الممتحنة، 1.

البند الثاني: حرمة المراسلات في القانون الوضعي.

والمقصود بالمراسلات «كافة الرسائل المكتوبة سواء أرسلت بطريق البريد، أو بواسطة رسول خاص، والبرقيات والتلكسات، ويستوي أن تكون الرسالة داخل مظروف مغلق أو مفتوحاً أو أن تكون بطاقة مكشوفة، متى كان واضحاً أن المرسل قصد عدم اطلاع الغير عليها بدون تمييز»(1).

ومقتضى حرمة المراسلات «أنه لا يجوز لغير صاحبها، ومن توجه إليه الاطلاع على سريتها، فهي تعتبر بصرف النظر عن مضمونها، ولو لم يتعلق مضمونها بالحياة الخاصة للمرسل، أو المرسل إليه، ومن ثم فإنه لا يجوز ضبطها أو الاطلاع على محتوياتها أو مصادرتها أو مراقبتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة»(2).

ويتبين أن الشريعة الإسلامية كفلت للمراسلات حرمتها، وحرصت على حمايتها في إطار الحق في الخصوصية، وأكدت هذه الحرمة حيث يعاقب كل من تسول له نفسه الاطلاع على رسائل الغير دون إذن، إلا أنه وحفاظاً على المصلحة العامة أباحت الشريعة النظر في الرسائل التي تحمل أسرار حربية وفي كل ذلك تحقيق للسلامة الإسلامية دون إهدار لمصلحة الجماعة.

الفرع الثالث: كتمان السر.

ويعتبر كتمان السر من الضمانات الرئيسية لثبوت الحق في الأمن الفردي، وبالتالي لا يجوز الاعتداء على أسرار الأفراد بأي شكل من الأشكال. والسر لا يحتمل إلا الكتمان فلا يحق للفرد أو لأقاربه أن يتعدى ليحتمل السر إلى غيره وكذا الإجرائي.

البند الأول: كتمان السر في الشريعة الإسلامية: **وردت نصوص وأحاديث كثيرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تدعو إلى وجوب كتمان السر ومنها:**

أولاً: الأحاديث الدالة على وجوب الكتمان.

1- **قوله صلى الله عليه وسلم** «إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها»(3).

2- **روى عن أنس قوله** «أسر إلي النبي صلى الله عليه وسلم سراً فما أخبرت به أحداً بعده، ولقد سألتني أم سليم فما أخبرتها به»(4).

---

(1) أحمد فتحي سرور، الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والاقتصاد، ص:69.

(2) محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، ص:221.

(3) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب النكاح، باب "تحريم إفشاء سر المرأة" (1437)، 1061/2.

(4) أخرجه: مسلم، الصحيح، كتاب "فضائل الصحابة رضي الله عنهم"، باب من فضائل أنس بن مالك (2482)، 1930/4.

: ... ر ... : والت ... ر ... فرر ... و ... القرآن والسنة.

قوله «وَلاَ تَجَسَّسُوا وَلاَ يَغْتَب بَعْضُكم بَعْضاً، أيحِبُّ أحَدَكم أنْ يَأكل لَحْمَ أخِيه مَيتاً فَكَرِهْتُمُوه وَاتَّقُوا الله إنَّ الله تَواب رَحِيم»[1].

1- **قوله عليه ... والس ...** «... الحديث ... أ ... حا ... ضوا ... كونوا ... عباد ... »[2].

2- **قوله عليه الس ...:** « ... ع ... ورا ... النا ... »[3].

: ... ر ... السر ... ريعة ... مية.

... ن ... السر جر ... ، لورو ... الن ... و ... الـ ... رعية عل ... النه ... عن ... ، ويعت ... ... رائم التعـ ... يرية، ... عاصا ... يرة ... يها عفو ... [4].

ولك ... نا ... حالات يكون ... يها ... السر واجبا أو مباحا:

الحالة ...: كا ... ن يعهد ... ص ... ... سر ... ر ... ... ونه ار ... كا ... جر ... ة ... ت ... ل أو س ... رقة، ... ب عل ... ه ... ... لع عل ... السر أن ي ... يه، ... نه ... ول ... ون و ... ر ... ة، واستدل الفقها ... ... قوله صل ... ! عليه وسلم «المجالس بالأمانة ... مجلس ... ، وقوله «المجالس بالأمانة ... »[5]، وقوله «المجالس ... بالأمانة ... ما يك ... ه ... ما ... »[6].

---

(1) القرآن الكريم، سورة الحجرات، الآية:12.

(2) أخرجه: البخاري، الصحيح، كتاب الأدب، باب "ما ينهى عن التحاسد والتدابر" وقوله «ومن شر حاسد إذا حسد» (6064) فتح الباري، 481/10.

(3) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الأدب، باب "... عن التجسس"، 622/2.

(4) ... بن أدو ... ، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، (دار ... ، الطبعة الأولى 1997م)، ص:157-158.

(5) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الأدب، باب "... نقل الحديث"، (4869)، 268/4.

(6) أخرجه البيهقي، ... السابع والسبعون من ... باب ... ما ... لنفسه ويكره ... ويكره له ما يكره لنفسه، فصل ... حفظ السر ... مرسل ... البيهقي ... (11191)، 520/7 ... ابن حجر ... فتح الباري 82/11 (باب حفظ السر أي ... إفشائه) (5931) «حديث ... الس ... » أخرجه عبد الرزاق من مرسل أبي بكر بن حزم وأخرج القضاعي ... مسند الشهاب من حديث ... مرفوعاً: ... بالأمانة وسنده ضعيف،

الحالة الـ...ية "...": **واستدل عليها الفقهاء بما رواه ... كرم الله وجهه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «** أبو بكر وعمر سيدا كهول أهل الجنة من الأولين والآخرين إلا النبيين والمرسلين يا علي ما داما حيين لا تخبرهما»**[1].**

ووجه الاستدلال من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عليا رضي الله عنه عدم إخبار ... بما قاله النبي ... فيدل ذلك على ... وبعد ذلك جواز إخبار ... وهو ما قال به ... على ... [2].

البند الثاني: كتمان السر في القانون الوضعي.

«... السر يعد من جرائم ... يقع بالقول أو الكتابة أو ... ويتم ... الأسرار بوسائل عديدة ... مقدمتها التجسس، والسرقة، والاحتيال والابتزاز والغش»[3].

وهناك حالات يكون ... السر فيها واجبا ... السر ... لدى الحاكم، وقد يكون جوازا ... أريد به منع وقوع جناية أو جنحة [5].

و... أن ... السرية ... كانت مكفولة ... الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، والشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية ... باعتبار ... حرمته ... عند تقرير ...

و... داود من حديث جابر مثله وزاد ...: ما ... فيه دم حرام أو فرج حرام أو اقتطاع مال بغير حق، وحديث جابر رفعه ... أمانة» أخرجه ابن ... وأبو داود والترمذي وله ... من حديث أنس عن ... يعلى.

(1) أخرجه الترمذي، السنن، كتاب المناقب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب "مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما كليهما" –(3664)، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه، 610/5.

- ابن ماجة، السنن، باب ... أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فضل أبي بكر الصديق، رضي الله عنه (95)، 1-36.

- أحمد، المسند، 80/1 (602).

و... الزوائد: "رواه الطبراني ... عن ... بن داود ... ابن دقيق العيد، لأنه ... وضعفه النسائي ... وبقية رجاله رجال الصحيح" 53/9.

(2) ينظر: محمود عبد الرحمن محمد، نطاق الحق في الحياة الخاصة، ص:320.

(3) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال (دار الفكر العربي، 1978)، ص:289.

(4) يوسف الشيخ يوسف، حماية الحق في حرمة الأحاديث الخاصة، ص:33.

(5) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص:299.

الجماعة كالحالة الضرورية وحالة ظهور الجريمة. كما أن للأحوال الشخصية الإسلامية الحق في الجرائم غاية الأسرار فالحالة حيث الحالة على وجوب كتمان الأسرار، وأسرار التي تمس الشرف، مثل وما يتعلق به أشعد ما في الغاية من وجوب الدليل الشرعي للكشف عن الجريمة عندما أقرت وجوب الدليل الشرعي للكشف عن الجريمة وما في الغاية لا تبرر الوسيلة، وإن كان حفاظ على الجماعة وجوب كشف الأسرار في حالة الجرائم في الجرائم "كالزنا والسرقة"، بالنسبة للقانون الوضعي الذي يعتبر أن كشف السر في الجرائم لا يعدو أن يكون أمر جوازي.

المبحث الرابع: الضمانات المتعلقة بالقيود الواردة على حق الأمن الفردي.

يسعى الأمن الفردي لتحقيق العدل في الدولة التي تتبع الشرع والقانون في معاملة الأفراد المتهمين، ومنه الحماية الجنائية حقوقهم والقائمة أساسا على الحماية في الإثبات الجنائي، وكذا في حق المتهم في الدفاع عن نفسه، في مواجهة السلطات العامة، أو أي جهة من مفاجآت الأحكام التعسفية، ولكن حق الأمن الفردي لا يتوقف عليه، ولا يمكن امتلاكه بسهولة. فالحماية الجنائية تتطلب وأمنه لا بد وأن يرافقه حقوق المتهم الضرورية، كالتفتيش والمساكن، والتوقيف على المتهم وإيداعهم في الحبس، والضمانات في الحالات السابقة، وكذا وضع حدود لسلطات الحاكم كي لا تكون مطلقة ولا تعسفية.

فإلى أي مدى تحقق الضمانات الإجرائية الفردية في ظل القيود الواردة على حق الأمن.

المطلب الأول: التفتيش وضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

«إن التفتيش إجراء جنائي يتضمن اعتداء على حق الإنسان في "الخصوصية" والاحتفاظ بسره وحرمة مسكنه، وحقه في الأمن والسكينة والطمأنينة»[1].

الفرع الأول: تعريف التفتيش.

«هو إجراء من إجراءات التحقيق الجنائي التي تهدف إلى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق، وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، من أجل إثبات ارتكاب الجريمة أو نسبتها إلى المتهم، وينصب على شخص المتهم والمكان الذي يقيم فيه ويجوز أن يمتد إلى أشخاص غير المتهم ومساكنهم وذلك بالشروط والأوضاع المحددة في القانون»[2]، إلا أن التعريف يتطور مفهومه على التفتيش

---

(1) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص:61.

(2) مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطلان " ضوء أحكام الفقه – أحكام النقض، التعليمات والتعليقات العامة للنيابات": (دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة)، ص:19.

الناشئة عنه، أما الحرمة التي منحها القانون للمساكن، ومن ثم تأييد تعريف محمد محمد حيث عرفه بأنه «المكان الخاص الذي يتخذه الشخص سكنًا له، أو ما ينبغي على الغير احترامه، والتي منحها القانون حرمة خاصة لكونه مستودع سر صاحبه، ولذلك فإن دخول المنازل وتفتيشها يجب أن يكون بقصد الوصول إلى الحقيقة، فإذا كان مفيدًا لوجود ما يتعلق بالجرائم»(1).

الفرع الثاني: التفرقة بين دخول المساكن وتفتيشها.

تختلف عملية دخول المساكن عن تفتيشها من حيث نطاقهما والغرض منهما، فالدخول لا يكون بغرض التفتيش عن دليل الجريمة، فقد يكون لمعاينة جريمة وقعت بناءً على طلب صاحب المسكن، أو طلب مساعدة، أو في حالات استثنائية كالحريق والكوارث الطبيعية، وهي حالات الضرورة وليس تفتيشًا قانونيًا(2).

الفرع الثالث: ضمانات التفتيش في الشريعة الإسلامية.

ولقد تم التأكيد سابقًا على الآيات والأحاديث التي تكفل حرمة المساكن، وكذلك الحياة الخاصة، وإن كان ولابد ولعدم الإضرار بالمصلحة العامة في الوصول إلى الحقائق الضرورية فيجوز للسلطة المختصة أن تقوم بإجراء التفتيش وكرامة الإنسان للكشف عن الجريمة – التي يتهم الشخص بها – إن ثبتت عليه، (التفتيش) في ظل الضمانات المقررة في الشريعة الإسلامية والتي منها:

البند الأول: الاختصاص.

تعد الجهة التي لها حق الأمر بالتفتيش هي الجهة المختصة بالتحقيق في الدعوى والكشف عن الجرائم والاستدلال عليها، والمحتسب حسب ولايته القضائية القاصرة، وفي نطاق الحدود(3).

وتعد الاختصاص من الضمانات الرئيسية التي تكفلها الشريعة الإسلامية لأنه يضمن إجراء التفتيش بطريقة إجرائية لا تكون إلا من جهة قضائية أو سلطة مختصة، فيجوز أن يصدر الأمر بالتفتيش حسب الاختصاص، أحيانًا من القاضي، وأحيانًا من المحتسب.

البند الثاني: التلبس بالجريمة.

ويشترط الفقهاء في التفتيش أن تكون الجريمة متلبسًا بها. والتلبس في الاصطلاح لا يشكل الجريمة إلا بظهور قرائن تدل على نسبة الفعل لصاحبه.

(1) محمد محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:358.

(2) عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، ص:222.

(3) ينظر: عثمان عبد الله الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص:64.

والتلبȄ ﺔﺑ رﳝﺔ يكون ﺑﻈهور اﻣﻌﺎﺋﻴﺔ Ž الدار ﻣﻦ اﳋارج ﺑﺎﳋﻤر أو أصوات السكارɁ[1].

البند الثالث: اكتشاف الدلائل بطريق مشروع.

ǚﲡرائو اﳉ التفتيﺶ لا ﺗﻜﻔﻲ القول ﲝﺠﻴﺘه Ž اﳉرﳝﺔ اﻹﺳﻼﻣﻴﺔ ﺑﻐﻴﺔ Ź التوصل اﳌﺄدﻟة ﺑﻄرﻳﻘﺔ مناﺳﺒﺔ ﻟﻼﺟﺮاﺋﻴﺔ حǤ ولو كانŇ النتيǰﺔ الوصول اﱃ اﳉرﳝﺔ والتعرﻑ علɂ اﳉﺎﱐ.

قال عبد الرﲪان ﺑﻦ عوﻑ »ǛƣƢŶ ﻣﻊ عمر ليلة ǝƾƥ المدينة ǃǊƤ ǆƯǃǊǞ ƸƟ لنــا ƹƵǂƥƜ عمــر ƲƕƊǞ Ǐɓ ǔǟ ǃƬȀ ǝƵƴǃƵǃƣǞ ǕǛƢǄƾƥǞ ǠǂǁǚƣƗǃǠǞƭƢǤƗ ǄǚǟǃǃƹƳǞ قوǐǄ علƸ ǍǃƷǂƳ ǜƥƵǜƥƢǞ ȃǑƣƦ ǉƢǤǝ بيدǐ ǕǛƢƤ ǜǀǃǞ ǎƊǀƟ أدرǎ ǎƹƳǞ بيǝ ǙǃǀǞ ǎƹƳǞ أمية بǀǃ ربيǜة بǀǃ ǎǂǃǞ بيǝ ǐƺƳǞǞ قاǍ ǃƣƦǞ ǃƸǋƸƥǞ ǕǛƢƬ ǛǂƵ ǍƯƵǞ ǐƳƣǞ ƢǷƹƯǞ ǃǂǂƥƣƢǞ ǞǍƾǟƢǞ ǍƤǃǞ ǍƣƢǞ ǜǟǕ ǃƵƗ ǌǃǞ ǍƵƯǞ ǍƢǋǃǞ ǍƳǞ «ولا تجسسوا» ǕǛƢǄƗǂƣǞ ǜǟǕ ǃƵƗǃǞ عمر ǝƾƥǞ[2].

ǚƾƥƹƵǞ ǆǀǃ ǁǂƵ ǂǀǃƫǞ ƶǋƢƳǞ ǚƤƢǀƢǞ ǚƾǍǀǚǞ ǛƢǃƵǜƟ ǞǍƢǀƢƳ أن الدليل ǂƫƢƤǃ ǃǞ ǚƭƢǚǜǀǃǞ ... منه، ǚǍƺǀƬǃǞ علɂ البيوت أمر ǚƸǃƵǞ ǜǀƤ ... الوسيلة ﻗﺎﺗﻠة ...

[illegible]

البند الرابع: التثبت بعدم إقامة الحد واستبداله بعقوبة موجعة.

Ž ǛǂǆǚǞ ... يقول الونشريسي «لو استفاǂ علɂ رجل من ... أنه ... وجب عليه حد ... الخمر ... علɂ ... معلومة ... الطويلة ... الوافعة ... ولو ... الموجعة»[3].

---

(1) ǚǜǛƾƍ: عبد القادر عودة، التشريع ǝǆƴǃƵǞ ǝǄƢǀǞ، ج2، ص:511.

(2) أخرجه: عبد الرزاق، المصنف، كتاب العقول" باب التجسس" ، (19216)،519/9.

(3) الونشريسي، المعيار المعرب، ج2، ص:350.

الفاحشة فيها، بل ثبتت إقامتها على العموم والدولة تمنع التجسس والتلصص على البيوت، بل حتى المنع لاقتحامها لا يكون إلا في أحوال مؤسسة على يقين ورؤية.

الفرع الرابع: ضمانات التفتيش في القانون الوضعي.

إن القوانين والدساتير المختلفة منحت ضمانات أساسية خاصة بالتفتيش كونه إجراء فيه مساس بالحياة الخاصة والحرية الشخصية، ومن هذه الضمانات:

البند الأول: صدور أمر قضائي بالتفتيش.

يشترط للقول بشرعية التفتيش صدوره من لدن سلطة قضائية. ومثاله نص المادة 40 من الدستور الجزائري لسنة 1996 حيث جاء فيها «لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة»[1]**.**

البند الثاني: أن يكون الأمر القضائي مسبباً.

"إن التسبيب يعد ضمانة مهمة للمتهم، حيث فيه ضمان أنه لا يصدر أمر التفتيش إلا بعد التثبت من توافرت عناصر الجريمة وتكاملها ووجدت دلائل كافية على نسبتها إليه»[2]**.**

فالتسبيب يعد ضمانة لحق المسكن كونه يعطيه مصداقية الإجراءات وصحتها ويمنع التعسف المتعلق بحرمة الحياة الخاصة.

البند الثالث: التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه أو شاهدين.

يجب أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيب عنه كلما أمكن ذلك، وإلا فيجب أن يكون بحضور شاهدين ويكون هذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربه البالغين، أو من القاطنين معه بالمنزل، أو من الجيران ويثبت ذلك في المحضر[3]**.**

البند الرابع: تنفيذ أمر التفتيش في أوقات محددة.

وتحديد الفترة من التفتيش يعد من ضمانات احترام حقوق الحرية الشخصية للأفراد وحرمة مساكنهم لعدم إزعاجهم وقت راحتهم ليلاً[4]**.**

---

(1) الدستور الجزائري، 1996، المادة:40، ص:11.

(2) محمد محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:362.

(3) مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطلان، ص:163.

(4) أحمد حماي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:223.

البند الخامس: اختصاص أمر التفتيش بجرائم معينة.

"لذلك يكون أمر التفتيش شرعياً وقانونياً صادراً عن المختص، لا بد أن يكون الغرض منه ضبط أدلة جريمة وقعت بالفعل حيث لا يجوز إصدار أمر التفتيش قبل وقوع الجريمة، ويجب أن تكون جناية أو جنحة"[1].

الفرع الخامس: ضمانات التفتيش في ظل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ويشمل التفتيش الأماكن الخاصة بتواجد الأماكن الخاصة كالمساكن، وكذلك المحلات الملحقة بالسكن، وتنص المادة 81 (ق.إ.ج) على «يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيداً لإظهار الحقيقة»[2].

ويرجع تقدير ملاءمة التفتيش وميعاده ومكانه للسلطة التقديرية لقاضي التحقيق وحده[3].

ومن الضمانات التي قررها المشرع الجزائري للتفتيش في ظل قانون الإجراءات الجزائية ما يلي:

أولاً: من حيث الاختصاص: يختص بالتفتيش من حيث الاختصاص قاضي التحقيق، وتنص المادة 68/01 (ق.إ.ج) على «يقوم قاضي التحقيق وفقاً للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة ...»[4].

ثانياً: حضور المتهم عملية التفتيش: تنص المادة 83 (ق.إ.ج) على «إذا حصل التفتيش في مسكن المتهم، استدعى صاحب المسكن الذي يجري تفتيشه ليكون حاضراً وقت التفتيش، فإذا كان في حالة امتناع أو كان هارباً، أجري التفتيش بحضور شاهدين من أفراد عائلته أو أصهاره، فإذا لم يوجد أحد منهم بحضور شاهدين من غير الموظفين بمكان التفتيش، ولا يكون بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية ...»[5].

فيقرر القانون في هذه المادة أن يكون التفتيش أولاً في حالة حضور صاحب المسكن المتهم من أفراد أسرته أو أصهار صاحب المسكن المراد تفتيشه، ولا يلجأ للشاهدين من الغير إلا في حالة عدم وجود هؤلاء بالمكان[6].

---

(1) أحمد محمد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص: 365-366.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 81، ص:54.

(3) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص:89.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة :68، ص:44.

(5) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 83، ص:54-55.

(6) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:336.

ويخول القانون لقاضي التحقيق إجراء التفتيش في جرائم الإرهاب والتخريب سلطة الدخول للمساكن وتفتيشها في أي وقت ليلاً أو نهاراً وخارج الأوقات المحددة في الأصل العام[1].

تنص المادة 47 (ق.إ.ج) على: «عندما يتعلق الأمر بجرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية يمكن لقاضي التحقيق أن يقوم بأي عملية تفتيش أو حجز ليلاً أو نهاراً وفي أي مكان على امتداد التراب الوطني أو يأمر ضباط الشرطة القضائية المختصين للقيام بذلك»[2].

ثالثاً: ميقات التفتيش: تنص المادة 01/47 (ق.إ.ج) على: «لا يجوز البدء في تفتيش المساكن أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساءً، إلا إذا طلب صاحب المنزل، أو وجهت نداءات من الداخل، أو في الأحوال الاستثنائية المقررة قانوناً...»[3].

إلا أن هناك حالات يجوز فيها لقاضي التحقيق أن يقوم بالتفتيش ليلاً، خارج الوقت المحدد ما بين الساعة 5صباحاً إلى الساعة 8مساءً وهذه الحالات هي:

I- حالة الجرائم الموصوفة بالجناية: تنص المادة 82 (ق.إ.ج) على: «... غير أنه يجوز له وحده في مواد الجنايات أن يقوم بتفتيش مسكن المتهم في غير الساعات المحددة في المادة 47، بشرط أن يباشر التفتيش بنفسه وأن يكون ذلك بحضور وكيل الجمهورية»[4].

II- حالة الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية: وهذا حسب المادة 47 (ق.إ.ج) السالفة الذكر.

رابعاً: تسبيب أمر التفتيش: وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري لم يرد فيه أي نص يطلب التسبيب[5] وإن كان التشريع الجزائري نص صراحة في المادة 02/91 على «وفي جميع الأحوال يجب أن يكون أمر التفتيش مسبباً»[6]، وأكدت المادة 44 من دستور الجمهورية من

---

(1) عبد الله أوهايبية، التفتيش أساس في القانون الجزائري، (المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ج36، رقم2، 1998)، ص:97.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 47، ص:31.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 1/47، ص:31.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 82، ص:54.

(5) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:363.

(6) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:122.

العرفية، أن للمساكن حرمة تمنع دخولها أو تفتيشها إلا بأمر مسبب وفقاً لأحكام القانون[1].

وتبدو أهمية التسبيب في أمر التفتيش لا سيما في غياب النص الجزائري للنص عليه صراحة في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري وكضمانة للأفراد في منعهم من دخول المنازل وتفتيشها دون وجه حق.

ثانياً: الرضا بالتفتيش: إن رضا صاحب المسكن بدخول مسكنه وتفتيشه يعد تنازلاً منه عن حقه في الحماية المقررة للمساكن والمنصوص عليها في المادة 47 (ق.إ.ج)، إلا أن هذا الرضا يجب أن تتوافر فيه شروط وهي:

1- أن يكون الرضا صادراً عن صاحب الحق في الحماية وهو المقيم في المسكن سواء أكان مالكاً له أو مستأجراً، أو من ينوب عنه أثناء غيابه كالزوجة.

2- أن يكون الرضا صادراً عن إرادة حرة واعية، خالٍ من عيوب الإرادة.

3- أن يكون الرضا سابقاً عن إجراء التفتيش وليس لاحقاً له.

4- أن يكون الرضا صريحاً، أي أن يكون مكتوباً بيد صاحب الحق، إذا كان يعرف الكتابة، أو الاستعانة بمن يختار إذا كان لا يعرف الكتابة[2].

ثالثاً: تفتيش المنازل ليلاً[3]: إن القانون الجزائري ينص على حظر تفتيش المنازل ليلاً، وبالتالي يمتد نطاق حرمة المنازل ليلاً على عكس ما هو عليه بالنسبة لتفتيش الأماكن[4]. وبالتالي فإن تفتيش المنازل ليلاً يخضع للقواعد العامة وهي قواعد تقوم على وجوب احترام حرمة المساكن، وعدم التعرض لها إلا في حدود ما تقتضيه المصلحة العامة، وعليه فإن ضابط الشرطة القضائية لا يستطيع قانوناً أن يجري تفتيشاً على كل شخص وجهت له النيابة العامة اتهاماً بمناسبة جناية أو جنحة[5].

---

(1) محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983) ص:284.

(2) ينظر: عبد الله أوهايبية، التفتيش الماس في القانون الجزائري، ص: 93-94.

(3) نص المادة 1/46 من قانون الإجراءات المصري على " في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه"، مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في القبض والتفتيش والدفوع والبطلان، ص:113.

(4) عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، ص:264.

(5) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:339.

وإن كان الهاتف له حرمة لا تقل أهمية عن حرمة المسكن وصاحبه والأمر متعلق بالحريات، فالأمر يتطلب وضع شروط صارمة وضوابط خاصة للحد من السلطة المطلقة لسلطات التحقيق في جواز التفتيش أي الهاتف الخاص مهما كانت صفته أو مركزه أو حالته القانونية.

سادسا: الضمانات المتعلقة بالإجراءات: ومن الضمانات أنه أن التفتيش، إجراء من إجراءات التحقيق، يجب أن يكون في جريمة معينة وفي مكان محدد وعلى شخص معين، وعلى الضمانات التي تحفظ في معرفة الحقيقة، وقد خول القانون قاضي التحقيق سلطة الضمانات والوسائل الناجعة في إظهار الحقيقة ومنها الرسائل والمراسلات وأن يقوم بتسجيل المكالمات التلفونية[1].

أما التنصت على المكالمات التلفونية، فلم يرد في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أي حكم بشأن المسألة، ومع ذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية، وبالرجوع إلى المادة 01/68، (ق.إ.ج)[2] تنص المادة « يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع الإجراءات التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة»[3].

وإن كانت المراسلات لها حرمة، وانتهاكها يجب أن يكون في حدود، والأصل يجب عدم التعدي على التنصت على المكالمات التلفونية، وأن تكون ضمن الإجراءات وبشروط، كأن يكون بالنسبة للمتهم بالتبعية، أو بالنسبة للجرائم الخطيرة.

ومع ذلك فإن قانون الإجراءات الجزائية أقر ضمانات هامة في إجراءات عملية التفتيش، وتتوفر الضمانات بالتفتيش والتي تمثل الجهة المختصة وبسبب قرار التفتيش، وأكد على الرجوع الجهود، كما بين أنه من التشريعات في نصوص مواثيق محددة للتفتيش، ومن ذلك احترامه والإنسان واحترامه، وضمانات لعدم إزعاجهم.

وبالتالي من الحديث حقيقة أسبقية الشريعة الإسلامية في وضع ضمانات رئيسية تكفل حماية الأمر عند الضرورة القيام بإجراءات الخطوات في التفتيش، كما يتم الاتصال العامة في الشريعة الإسلامية، ألا وهو حرمة المساكن والأشخاص المحرمة بالمقررات القرآنية والأحاديث النبوية، الحماية القانونية للمساكن والحريات الشخصية وتعتبر مصدر متأصلة فالتشريع من قانون البشر، ومن تشريع البشر، أن الشريعة للقانون الذي كان الدينية الأخلاقية للشريعة الإسلامية، فالقانون غايته الوصول إلى الحقيقة وإن كان السبيل له طريق

---

(1) ينظر: محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:63.

(2) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص:95.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 1/68، ص:44.

التجسس أو اقتحام البيوت دون إذن، أما الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة [illegible] أي أدلة مستندة على أصل [illegible] فهل بعد [illegible] العقل البشري حاجة [illegible] يقيه [illegible] التفتيش أو انتهاك الحرمات؟

المطلب الثاني: القبض وضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

[illegible] أن الأصل في الإنسان [illegible]، وأن كل [illegible] الاعتداء على [illegible] الأصيل، لا بد أن يقدم دلائل و[illegible] البينة على [illegible] على [illegible] أنكر، [illegible] نفسه ولا تستقر روحه، [illegible] كان [illegible] الفينة وا[illegible]، [illegible] مقررات حرية الفرد [illegible] عليه القبض [illegible] [illegible] للتمتع [illegible] والاستقرار [illegible] الكرامة، وعلى [illegible] لا [illegible] لسلطات الدولة وأجهزتها [illegible] على [illegible] واعتقالهم [illegible] سبب [illegible]، وإن كان [illegible] الأصل إلا أنه لا يخلو من الاستثناء وهو حالة أو ضرورة القبض لاستكمال إجراءات التحقيق في [illegible] الكشف عن الجرائم وأدلتها [illegible]، فهل [illegible] الشريعة الإسلامية والقانون [illegible] كافية لتحقيق [illegible] في سبيل القيام بعملية القبض، [illegible] والقبض [illegible] اعتداء على الحرية والسلامة الشخصية؟

الفرع الأول: مفهوم القبض والفرق بينه وبين المفاهيم المشابهة له.

البند الأول: تعريف القبض.

«القبض إجراء [illegible] تقييد حرية متهم [illegible] سلطة التحقيق [illegible] مدة معينة لاستجوابه والتصرف [illegible] أمره قانونا»(1).

والقبض [illegible] إجراء من إجراءات التحقيق، يراد به حرمان الشخص من حرية التجول ولو لفترة يسيرة [illegible] سلطة الاستدلالات والتحقيقات [illegible] حبسه احتياطيا أو [illegible] عنه(2)، وإن كانت التعريفات الطويلة [illegible] مدلولا واحدا للقبض وهو «تقييد حرية الشخص [illegible] استكمال إجراءات التحقيق».

(1) حسن [illegible]، [illegible] الجنائية [illegible]، الإسكندرية)، الطبعة الثانية ، ص:109.

(2) مصطفى [illegible]، [illegible] القبض والتفتيش والدفوع والبطلان، ص:12.

البند الثاني: الفرق بين القبض والحبس المؤقت.

ƶǦǞ القبȐ وا ȀǦƾ ǞƓƢ سلب للǶȇرية، وƢǞƓ ǞƊ ȏجراǗات التǶقيȨ، ولكǞƊ القبȐ ȍ Ǧ ȏ ƿƃ ǧ مدǽƢ ǞƓ ǞǗȇلة نسƾبيا، ولاƾ ǥƾ ǞƓ أن يسبقه استƾواƣ، ولا يكون ȏȀ ȏȀ ƿƃ ǫ ƃ ǫ أن القبȐ يكون جائǄا ǄƊ ȏ حالات معينة ƾموري القǞبȐ ȂǗƢǞƓ ǶƦǶƓ(1).

البند الثالث: الفرق بين القبض والإحضار.

وأمر ȏȀǞǗارȀ «ƿƃ ǙǶȁ ǞƓ الأمر ȏȀǞǗ ǞƓ ǞƓ ǦƓǗ ǞƓ فاǞƓ ǶƦǶƓ التǶقيȨ ǞƓ الفوƧ العǶومية لاقتياد ا ǞƓ تهم ومǮوله أمامه علǛ الفور» ǞƓ ǞƓارȀǞǗ ǞƓ القبȐ ǞƓ ǞƓ ǞƓ نه يكون ǞƓوريا(2).

البند الرابع: الفرق بين القبض وأمر الإيداع.

ولقد عرǦ ǞƓ ǞƓ 117 (ǫ.ǞƓ.ƣ) أمر ȏȀǞǗيداǞ ǞƓ ǞƓسسة ǞƓعاǞƓǞƓ الترǞƓية ǞƓنه «ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓمر الǞƓي يǞƓدرǞƓ القاǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ رئيǞƓ ǞƓسسة ǞƓعاǞƓǞƓ الترǞƓية ǞƓاستǞƓǞƓ وحبǞƓ ǞƓ تهم»(3).

ǞƓمر القبȐ أǞƓد كلفة وأعǞƓم ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ أمر ȏȀǞǗيداǞ ǞƓ نه ǞƓ ǞƓ كان ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ أساسا يǞƓǞƓي ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ تهم ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ، ǞƓǞƓ أمر القبȐ يǞƓǞƓي ǞƓ ǞƓ البǞƓث عنه ووǞƓǞƓه ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ(4). ومǞƓ ǞƓ ǞƓ قيل أنه ƶǦǞ أي "ǞƓمر ǞƓالقبȐ" ǞƓ ǞƓ ǞƓايا أمر ȏȀǞǗارȀ وȏȀǞǗيداǞ ǞƓ نه يتيǞƓ البǞƓث عǞƓ ǞƓ ǞƓهم والقبȐ عليه وحبسه(5).

البند الخامس: الفرق بين القبض والاستيقاف.

والاستيقاǞƓ ǞƓو «ǞƓǞƓǞƓ ǞƓيقاǞƓ ǞƓنسان ووǞƓǞƓ نفسه موǞƓǞƓ الريبة ǞƓ سبيل التعǞƓǞƓ علǛ ǞƓويته» وǞƓو أمر مباǞƓ لرجال السلطة العامة، ǞƓهو ǞƓ ǞƓيǞƓ قبȐ، وǞƓǞƓ ǞƓǞƓ ǞƓعطيǞƓ ǞƓ ǞƓ ǞƓ حركة ǞƓǞƓص مǞƓ أجل التǞƓري علǛ ǞƓويته وǞƓǞƓ ǞƓǞƓص الǞƓكوǞƓ الǞƓ ǞƓيǞƓ ǞƓ(6).

---

(1) يǞƓǞƓر، عبد الǞƓميد الǞƓاعيǞƓ ǞƓنصاري، حقوق وضمانات ǞƓ ǞƓ ǞƓ الشريعة ǞƓǞƓǞƓمية والقانوǞƓ، ص:42.

(2) بوǞƓǞƓǞƓ ǞƓ ǞƓǞƓر، الǞƓبǞƓ ǞƓحتياطاǞƓ وا ǞƓاǞƓبة القǞƓاǞƓية التشريǞƓ الǞƓزاǞƓري وا قارǞƓ، (ديواǞƓ ǞƓ طبوعات الǞƓامعية)، ص:215.

(3) ǞƓانوǞƓ ǞƓǞƓراءات الǞƓزائية الǞƓزاǞƓري، ǞƓ ادǞƓ: 117، ص:69.

(4) يǞƓǞƓر، ǞƓمد ǞƓدǞƓ، ضمانات ǞƓ ǞƓ ǞƓ أǞƓناء التǞƓقيق، ج3، ص:408.

(5) بوǞƓǞƓǞƓ ǞƓ ǞƓǞƓر، الǞƓبǞƓ ǞƓحتياطاǞƓ وا ǞƓاǞƓبة القǞƓاǞƓية، ص:217.

(6) عبد الǞƓميد الǞƓاعيǞƓ ǞƓنصاري، حقوق وضمانات ǞƓ ǞƓ ǞƓ الشريعة ǞƓǞƓǞƓمية والقانوǞƓ، ص:42-43.

الفرع الثاني: ضمانات القبض في الشريعة الإسلامية.

ǩكلم الفقهاŏ Ž ȅŎŁ اǘŔǀŷاǙ وǊŕاصة عند اŁديث عŴ ǎ التŗƘǂ ǉǔوȀ التلبÈ حيث أكدوا علɂ أنه يتم ŵطريǐ Ƀ ǂوȀȉ «حاǐǉǃة عǐŔ ŷǊ اǅŁŏ ǓāƃƁƓƑة مع الفتية ǙŎǀǊǋ ǊŴسور عليهم» ومǅ ǂŏŀ ŐŎǆ ǔŏř Řر الناȊŘ ňƜ ǙǌŕاȃÔص والنǅǋ ǂŹŏř ǉ ǕƋ ,ǂǊǈǅ ǆǉǔ ǉǔ ŐȂŘواسǉ ŐǔŧŕǊǅǊƏǎ ŹŎǍ Ƀ ǎǃǉǆǅǃ عدم Ʊǔ وǊǄǍǉ ǆ ǆǋ ǙǔŔǇ ǓǚǎŤǀǎ ŬǋǐŒ ǃŏ ǃǉ الطǊŀ ǂǎǄ ǂǇȂŕǂ ǄǂǄǇ ǉǅǊ ǔ ǔ عامة اǘسلطŔ ŻŎǈǏǍǆ ǆǔǅǄ حكاماǂ ǄǕŴ ŷŏř ǀǉ ǉǃ ǈŏ ǌŏǃ ŧǏŘ وǕǂǍǎ حالة التلبǐŲ È ŏÕŏ ǉǃ رǃƅƁƆǇǂ ǎǃǈ أن حالة التلبǈ È Ǔ رźƥة منكر ƶب منعه، والقبȒ علɂ ǂǆǋǄŬ ŕ ǈǏǉǓ ǈǎǍ مرǔǎ ǂǇǋ ǀǊ ǐǉǑǒǋǓ ǐǈǄǊ ǇǈǂŬ ǏƑ أو أحد النا ǂǋǋ ǅǊǅǏǊ ǐǅ ǔǆǏǓƓ ǂŒǐ ƷǋƑ ǔǏǉ ȐŴ ǆǆ ǂƓ ǐ ǎǓǔǍ مǈ ǃǐŭǎ ǐǅǎ ǃǅ Ǐǋ ǐǉ Ǎǉǆ ŏǔǏǄǋǅ ǃǊǅǐǈǎ Ǐǉǆ ǅŏ ǏŒǄǋǉ ŏǅ ǐǂǇ ǊǃǇ ǄǄǃǈǐǂǃ ǂǎǉ ǅǂǉǐǈǉ Ǌǂǔǅǎ ǓǍǈǏǑ ŐǃǍǉ ǋǎǄ ǆǋǄǂǃǎ ǅǐ

ǈŋŏǂǑŌ ǒǑǈ ǃǊ Ǐ ǂǃǐǅǋǃǇǆ ǎǂǑǅǆ ǑǍǍǃ ǇǐǉǎǍǋǋǃǇ ǈǋ.[1]

Ǯǂǅǃǈ ǉǅǂƓǃǉǅǈ ǅǅ ǆǄǇǎǋǔ ǋǋǐǋǉǒ ǎ ǃǋǄǎǎǄ ǉǆǐ ǈ ǎǉǈ ǉǎǈǈǄǄǈ ǃǌǇǑǌǆǃ ǉǅǃǎǊǋ ǏǈǊǂǐ ǎ ǉǋǎǂǋǈǍ ǌǂǆǈǅǏǇǉ

ǋǎǂǌ ǅǉǈ ǏǃǍǃǋǈǌǅ ǎǅǋǊ ǍǄǇǇ ǑǄǉ ǂǏǍǋ ǋǃǋǂ ǅǏǉǋ ǈǇǃǎǌǋǍǊǍ ǆǐǅǋǒ ǆǎǂ ǍǉǍǅǐ ǌǒǏǋ ǌǊǐǈ ǉǎǋǂǂǊ ǆǌǄǎǌǂǆ ǇǉǉǊǉǎǎǏ

اǊǐǅǄǇ ǈǋǃǆǂǋǎ ǄǇǂǌǅǉ ǎǏǆǐ الوصول Ž الدلائل واǉǋǎǌ ولا ǅǂǊ ǉ ǉǏǊǋǄǊ ǇǂǇǉǈǏǉǎ ǄǈǍǇǌǏǇǇ ǉǊǉǆǈ

اǈǃǆǎ.

الفرع الثالث: ضمانات القبض في القانون الوضعي.

ǋǇǂǈǂǃ ǎǏǇǍǅǈǆǎ ǃǂǉǍǎǂǆ ǊǃǉǍǂǆ ǌǋǎǃ ǉǃǂǋǅ ǆǃǊǆǂǇ:

البند الأول: حالات القبض.

ǇǎǅǉǌǍǎ ǂǈǍǄǉǃǋǆ ǃǊǇǍǅǈ ǂǃǋǌǇǆ ǏǋǂǍǃǆ ǅǎǈǂǂ ǇǍǋ ǃǂǎǉǆǃǈǄǅ ǅǂǆǏǉǎǂ ǏǉǎǄ ǆǇǅǃ ǎǎǆǈǅ ǆǇǄǇ ǎ

قانون اǅǈǆǍǉǈǇ اǋǂǉǈǅ ǉǋǆǄǉǋǂ لرجال اǂǎǇ ǈǂǍǅ قبل اǆǃǏǂǉ ǂǎ ǋǍǈǅǂǇǃ ǆǏǉǂǅǋǋǇ، ǎǋǈǇǂǂǉǋǉ

ǃǈǅǍǂǅǇ والǋǍǂǃǈǉ ǃǇǊ ǈǉǂ ǆǍǋǂǈǇǅ قبل القبȒ علɂ اǋǍǏǈ ǋǉǃǂǇ ǆǊǂǍǉǃ ǃǆǉǏǊǄǇǂ ǋǆǂǃ

الǉǆǅǂǇ اǂǆǇǃǉǂǆ ǈǂǉǋǃǇǋ ǆǉǂǆǎ ǂǇǈǃǍǋ ǃǋǈǎǂǉ.[2]

البند الثاني: تحديد السلطة التي يجوز لها الأمر بالقبض.

ǂǋǇǅǃǈ ǂǏǋǌǆǉǃ ǈǂǎǉǃ أن يǈǋǂǃǈ ǂǎǇǏǂ ǋǂǆǇ ǉǎǃǈǂǃ ǋǎǂǉǂǆǈ ǆǃǇتص أو النياǐǉ العامة، ǂǈǆǉǉ

استǈǉǂǋ ǂǋǆǈǉ ǇǆǂǎǉǋǆǃǇ.[3]

---

(1) ǄǂǆǍǈ، عبد اǄǃǉǂǋǄ ǂǆǇǋǂ اǆǊنصاري، حقوǃ وضمانات اǅǈǂ ǋǉ ǃǈǆǇ الشريعة اǉǋǇǆǂمية والقانوǇ، ص:47.

(2) أǅǉǂǆǃ ǂǇǋǆǂǉǃ، ضمانات اǈǂشتبه فيه أǈǊǂǇǈاء التǉǋǃǂريات اǉǂولية، ص:197.

(3) عبد اǄǃǉǂǋǄ ǂǆǇǋǂ اǆǊنصاري، حقوǃ وضمانات اǅǈǂ ǋǉ ǃǈǆǇ الشريعة اǉǋǇǆǂمية والقانوǇ، ص:41.

البند الثالث: طبيعة الفعل الإجرامي.

يجب أن يكون الفعل الإجرامي المنسوب إلى المتهم جناية أو جنحة معاقب عليها بعقوبة الحبس، ومن ثم فلا يجوز إصدار أمر بالقبض في الجنح المعاقب عليها بالغرامة، وكذلك في المخالفات عموما(1).

البند الرابع: حالة المتهم بالنسبة للإقامة.

يجب أن يكون المتهم هاربا أو مقيما خارج إقليم الجمهورية، أما إذا كان المتهم هاربا، ومقيما خارج إقليم الجمهورية فإنه يصدر في حقه أمر بالإحضار، وإذا رأى أن الأمر يتطلب حبسه أصدر في حقه أمر بإيداعه بعد استجوابه(2).

البند الخامس: قانونية الأمر بالقبض.

لا يجوز لرجل البوليس القبض على المتهم بدون أي سند قانوني أو إذن أو ترخيص يسمح له بالقبض وبعد الأمر بالقبض على المتهم وإلا يجوز للرجل القبض، لأنه يعتبر بذلك أنه لاحق على ارتكاب الفعل، وإنه كان نتيجة الإكراه المادي أو المعنوي(3).

البند السادس: الرقابة على القبض.

يجب إخطار النيابة بإجراءات القبض للرقابة القضائية كوكيل الجمهورية ومدير الشرطة القضائية، لأنه إذا كان المساس بالحرية والقبض على المتهم يترتب عليه يعد انتهاكا للحرية الفردية(4).

البند السابع: توقيت القبض.

ينبغي أن يتم القبض على المتهم بطريقة قانونية ودستورية، حيث لا يجوز للضابط أو العون المكلف بتنفيذ القبض أن يدخل مسكنه قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الثامنة مساء(5).

(1) [illegible]، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:141.
(2) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:411.
(3) محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ص:283-284.
(4) أحمد شافعي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:197.
(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:143.

البند الثامن: معاملة المقبوض.

يجب معاملته معاملة لا تمس بكرامته وإنسانيته، بما أنه متهم فيه بريء وجب أن يعامل على هذا الأساس إلى أن تثبت إدانته بنص القانون على الضرورة ما لم يكن القبض عليه من الأشخاص الملزمين بالقوة، وله الحق في الأكل والشرب وتمكينه من الاتصال بمحاميه[1].

الفرع الرابع: ضمانات القبض في التشريع الجزائري.

والأمر بالقبض هو الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم واقتياده إلى المؤسسة العقابية المعنية حيث يقع تسليمه وحبسه[2]، حيث تنص المادة 1/119 (ق.إ.ج) على «الأمر بالقبض هو ذلك الأمر الذي يصدر إلى القوة العمومية بالبحث عن المتهم وسوقه إلى المؤسسة العقابية المنوه عنها في الأمر حيث يجري تسليمه وحبسه»[3].

البند الأول: الحماية الدستورية على إجراء القبض.

جاء في الدستور الجزائري 1996 عدد من المواد التي تحمي حرية الأفراد والتي تحظر انتهاك الحرية الشخصية باعتبار القبض والقول بالجريمة اعتباطا.

تنص المادة 01/32 على «الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة» أما المادة 01/34 تنص على «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان» وتنص المادة 35 على «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية» وأكدت المادة 47 على «لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز إلا ضمن الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها»[4] بما أن المادة السابقة تعتبر القبض حالة استثنائية وأكدت على أنه حالة استثنائية لا يمكن إلا ضمن القانون فقط.

البند الثاني: الأشخاص الذين لهم الحق في إصدار أمر القبض.

نصت المادة 01/109(ق.إ.ج) على «يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضيه الحالة أن يصدر أمرا بإحضار المتهم أو بإيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه».

(1) أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ص:198.

(2) جيلالي بغدادي، التحقيق، ص:134.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة 119، ص:71.

(4) الدستور الجزائري، 1996، المواد 32، 34، 35، 47، ص:10-12.

أما المادة 121 (2)، (ق.إ.ج) تنص على «وإذا قبض على المتهم بمقتضى أمر القبض فإنه يساق بغير تمهل إلى قاضي التحقيق الذي أصدر الأمر سيرا إلى وكيل الجمهورية التابع له محل القبض عليه، كما يتلقى منه أقواله بعد تنبيهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي أقوال ما وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر»، أما المادة 358 (ق.إ.ج) تجيز للمحكمة «في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 375، إذا كان الأمر متعلقا بجنحة من جنح القانون العام وكانت العقوبة المقضي بها لا تقل عن الحبس سنة أن تأمر بقرار خاص مسبب بإيداع المتهم في السجن أو القبض عليه»(1).

ويستفاد من نص المادة أن الأمر المختص بإصدار أمر القبض هو قاضي التحقيق، أو من يقوم مقامه في جهة التحقيق كغرفة الاتهام متى رأت ذلك ضروريا، وكذا قاضي الحكم طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 358 (ق.إ.ج)(2).

البند الثالث: أن تكون الجريمة جناية أو جنحة.

تنص المادة 2/119 (ق.إ.ج) على «يجوز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية أن يصدر أمرا بالقبض إذا كان الفعل الإجرامي معاقبا عليه بعقوبة جنحة بالحبس أو بعقوبة أشد جسامة»(3)، نظرا لخطورة إجراء القبض الذي اقتصره المشرع على الجنايات والجنح، دون المخالفات لا يستدعي القبض على الأمر ذلك راجع لقلة خطورتها مقارنة بالجنايات أو الجنح.

البند الرابع: حالات إصدار الأمر بالقبض.

تنص المادة 02/119(ق.إ.ج) على «إذا كان المتهم هاربا أو مقيما خارج إقليم الجمهورية يجوز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية أن يصدر ضده أمرا بالقبض»(4)، وحالات إصدار الأمر بالقبض هي:

الحالة الأولى: أن يكون المتهم هاربا أو متواريا عن العدالة، أو من الأمر المقيم خارج إقليم الجمهورية.

الحالة الثانية: أن تكون الجريمة سبب الأمر بالقبض جناية أو جنحة، وذلك يعني استبعاد المخالفات والجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط(1).

---

(1) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المواد، 109، 121، 358، ، ص:65-72-217.

(2) بن ?، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:141.

(3) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 119، ص:71.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 119، ص:71.

البند الخامس: استجواب المتهم فور قبضه.

تنص المادة 113 (ق.إ.ج) على «كل متهم ضبط بمقتضى أمر إحضار وبقي في مؤسسة عقابية أكثر من ثمانية وأربعون ساعة دون أن يستجوب اعتبر محبوسا حبسا تعسفيا»[(2)].

البند السادس: وقت القبض على المتهم.

وهنا نص المشرع على وقت القبض مع المسكن الذي يتم فيه القبض حيث نصت المادة 122/01 (ق.إ.ج) على «لا يجوز للمكلف بتنفيذ أمر القبض أن يدخل مسكن أي مواطن قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساءا»[(3)].

البند السابع: العناصر الشكلية لأمر القبض.

يوجب قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أن يشتمل أمر القبض الذي يصدره قاضي التحقيق على البيانات التالية[(4)]:

- بيان اسم القاضي الذي أصدره.
- ذكر هوية المتهم ونوع التهمة.
- الإشارة إلى المواد القانونية التي ستطبق على الجريمة المنسوبة إليه.
- ذكر تاريخ صدوره والإمضاء والتوقيع وختم قاضي التحقيق الذي أصدره.

ونخلص في الأخير إلى أن الشريعة الإسلامية وضعت ضمانات للمتهم على حق الفرد في الحرية والتنقل ولكن الأصل عارض وهو توفر الدليل المرجح والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا القواعد العامة في الشريعة وهو الفقه على مصلحة الجماعة وتحقيق المصالح لدفع الضرر العام. أما القانون الوضعي فقد كفل هذه الضمانات بتفصيلها وتنظيمها في مواد قانونية وقيدهم بالقبض بقانون، والتشريع الجزائري وكغيره من التشريعات حدد هذه الضمانات، إلا أن تحديد مدة الاستجواب بعد القبض بثمانية وأربعين ساعة من وقت القبض الذي نص عليه القانون، وقد يكون القبض إجراء استثنائيا، وقد يكون المتهم المقبوض عليه

---

(1) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:374.

(2)قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 113، ص:67.

(3)قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 122، ص:72-73.

(4) يخلف، درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 144.

جريمة ويعاقب عليها القانون، يعوقه أو يحول دون التنقل كل الوقت، كما أن الحبس مما يعوق حرية الإنسان في التنقل، ويعتبر ذلك اعتداء على حقه في التمتع بالأمن الفردي وحفاظاً على كرامته وآدميته، وأن الحرية أفترض أن يكون مدى الاستثناء بعد القبض عليه ساعة أو أقل، وأن يقدم للقضاء فوراً عليه، حتى لا يكون في حالة نفسية جيدة، فإن كان في حالة القبض عليه قد لا يكون في حالة نفسية جيدة وبالتالي لا يملك الدفاع على حسن نفسه.

المطلب الثالث: الحبس المؤقت وضماناته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

يعتبر الحبس الاحتياطي إجراء خطير، فهو أخطر من القبض، لأنه من الإجراءات المقيدة للحرية، الماسة بحرية التنقل، إذ يمس المتهم مدة معينة يقيد فيها حريته الشخصية، ويتنافى مع قرينة البراءة ويؤثر سلباً على حقه في الأمن، إلا أنه ولدواعي التحقيق وعدم ضياع الدلائل والقرائن لا بد من تقرير أمر الحبس.

والحبس المؤقت إجراء استثنائي وضروري لمصلحة التحقيق الابتدائي وذلك من أجل ضمان مثول المتهم أمام قاضي التحقيق، أو منعه من الهروب أو من محاولة عرقلة إظهار الحقيقة[1].

الفرع الأول: تعريف الحبس المؤقت.

عرفه محمد محدة بقوله «هو أمر من أوامر التحقيق يصدر عن الجهة المختصة بإيداع المتهم مؤسسة إعادة التربية لمدة التحقيق أو كلها أو حتى المحاكمة قاصداً به الحفاظ على التحقيق وسلامته»[2].

الفرع الثاني: مدى توافق قرينة البراءة مع الحبس المؤقت.

قد يثار التساؤل عما إذا كان الحبس الاحتياطي يتعارض مع قرينة البراءة، ناحية ينص الدستور على ضرورة صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه لإهدار قرينة البراءة، ويسلب الحرية لمدة قد تستمر لشهور أو بضع سنوات من ناحية أخرى.

إن الحبس الاحتياطي متعارض مع قرينة البراءة على مستوى المبادئ القانونية القاعدية وهذا ما دفع بالفقيه "جارو" إلى القول بأن «الحبس الاحتياطي يعد إجراء ظالماً بعيداً عن فكرة العدالة» ومع ذلك يرى "فوستان هيلي" بأن حماية النظام الاجتماعي أحياناً تحد من حرية الفرد. ويتطلب ذلك حماية المجتمع في

---

(1) يحياوي، مروان محمد، الحماية الدستورية للحريات الشخصية وحقوق الدفاع خلال المتابعات الجزائية، (موسوعة الفكر القانوني، دار الخلدونية للخدمات العلمية، الجزائر)، ص:22.

(2) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:116.

تطبيق إجراءات الاحتياط لا منافاة بينه وبين تحقيق أمنه وتطبيق عدالته وأثرها على مؤسسة الاحتياط لاعتبارات العقلية ربطها مع قرينة البراءة[1].

والنص الساطع فيه دلالة واضحة على أن "الأصل قرينة البراءة" وأن الاحتياط استثناء يعول عليه عقليًا لاستتباب الأمن وتقرير الضمانات حفاظًا على حق المتهم في القبض على الناس.

الفرع الثالث: ضمانات الحبس المؤقت في الشريعة الإسلامية.

والحبس الشرعي ليس هو الحبس في مكان ضيق، وإنما هو تعويق الشخص، ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل الخصم أو وكيله عليه، وملازمته له، ولهذا سماه النبي صلى الله عليه وسلم "أسيرا"[2].

البند الأول: مشروعية الحبس.

اختلف الفقهاء في مشروعية الحبس الاحتياطي، فذهب فريق منهم للقول بعدم مشروعيته ومنهم أبو يوسف حيث يقول في كتابه الخراج « وسألت يا أمير المؤمنين عما رأيت ولا يحل أن يسجن الناس بالتهم: فالتهم من يقول (أي الوالي) الرجل اتهم الرجل بسرقة سرقها منه فيحبسه ويأخذه بذلك، وهذا لا يحل العمل به ولا ينبغي أن يقبل قول رجل على رجل في قتل ولا سرقة، ولا يقام عليه حد إلا ببينة عادلة أو بإقرار من غير وعيد من الوالي له أو وعيد على ما يكرهه، ولا يحل ولا يسع أن يحبس رجل بتهمة رجل له، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ الناس بالقرف (أي التهمة) ولكن ينبغي أن يجمع بين المدعي والمدعى عليه، فإن كانت له بينة على ما ادعى حكم له بها وإلا أخذ منه كفيل المدعى عليه وخلى عنه ...»[3].

فالفقهاء الذين أقروا عدم مشروعية الحبس قد قدسوا حق المتهم وكفالة حريته كفالة شرعية، ولكن أكدوا عدم الاعتداء على حرية الإنسان ولو كان الأصل هو البراءة، ومع وجود فقهاء قيدوا هذه الضرورات الشرعية مناطها الحفاظ على المصلحة العامة، ولكن التأكيد على مشروعية الحبس بعيدًا عن الاعتداء على حق المتهم

---

(1) ينظر: بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية، ص: 64-74-75.

(2) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص:102.

(3) أبو يوسف، الخراج، ص: 175-176.

الفرﭬي ﺷﻞ مﻨﺳﻌ ﺩﺒﻪ روي ﻋﻦ الرسول صلﻰ الله عليه وسلم "بﻘﺪﻊ قد ﺣﺒﺲ رﺟﻼ ﻓﻲ ﺗﻬﻤﺔ"[1]، وﺩﺒﻪ ﺗﺸﺒﺖ وﺇﺮﻭ وﺗﺷﺎنات ﺗﻜﻔﻞ ﺣﻖ ﺍﻟﻤﺘﻬﻢ ﻓﻲ ﺍﻟﺤﺮية مع ﺣﺒﺲ ﺍﻟﻀﺮورﺓ ﺗﻄﺒﻴﻖ ﻹﺠﺮﺍﺀ الحبس.

البند الثاني: طبيعة الحبس المؤقت.

يعتبر ﺍﻟﺤﺒﺲ عقوﺑﺔ ﺗﻌﺰيرية، والعقوﺑﺔ لا ﺗﻜون ﺇلا ﻋﻦ جرﻳﻤﺔ ﺛﺎﺑﺘﺔ وقوعها ﻭﺇﻧﻤﺎ كان الرسول صلى الله عليه وسلم قد حبس الرجل ﺍﻟﻤﺘﻬﻢ الاﺳﺘﻈﻬﺎر، ﻭﻟﻴﺲ ﻷﻧﻪ أنه عاقبه على التهمة وأنه أﺛﺒﺖ عقاب كل ﻣﻦ يوجد نفسه أو ﺗﻮجد ﻣﻌﻪ ما ﻳﺮﻳﺐ ولو ﻓﻲ ﻧﻄﺎق حالة ﺍﻟﻀﺮورة ﻟﺤﻤﺎﻳﺔ ﺍﻟﻤﺼﻠﺤﺔ العامة[2].

ﻓﺎعتبار عقوﺑﺔ ﺍﻟﺤﺒﺲ عقوﺑﺔ ﺗﻌﺰيرية ﺩﻟﻴﻞ على ﺃﻥ ﺍﻟﺤﺒﺲ ﻟﺘﺄﺩيب ﺍﻟﻤﺘﻬﻢ ﻭﻟﻴﺲ ﺩﺒﻪ ﻟﻴﺲ ﻓﻲ ﻧﻄﺎق العقوﺑﺎت القاسية، كالعقوﺑﺎت ﺍﻟﻤﻘﺮرة للحدود مﺜﻼ.

البند الثالث: مدة الحبس.

ﻳﺬﻫﺐ ﺍﻟﻔﻘﻬﺎﺀ ﻳﺮحون ﺇﻟﻰ أن قدر مدﺓ ﺍﻟﺤﺒﺲ ﺗﺨﺘﻠﻒ ﺑﺎﺧﺘﻼﻑ أسبابه وموجباته ﻭﺗﻘﺪﻳﺮﻫﺎ ﺍﻟﺘﻌﺰﻳﺮ راجع ﺇﻟﻰ اجتهاد ﺍﻟﺤﺎكم فقدر ما يرى أنه يﻨﺰﺟر به[3].

وﻳﺬﻫﺐ ﺍﻟﻤﺎﻭرﺩي ﺇﻟﻰ أن ﻳﺨﺘﻠﻒ أن يعﺘﺪ حسب ﺍﻟﻤﺘﻬﻢ للكشف والاستبراء، واﺧﺘﻠﻒ ﻓﻲ مدﺓ حبسه ﻟﻠﺘﻬﻤﺔ، ﻓﺬﻛﺮ عبد الله ﺍﻟﺰﺑﻴﺮﻱ ﻣﻦ أصحاب ﺍﻟﺸﺎﻓﻌﻲ أن حبسه ﻟﻼﺳﺘﺒﺮﺍﺀ والكشف مقدر ﺑﺸﻬﺮ واحد لا يتجاوزه، وقال ﻏﻴﺮﻩ، ﺑﻞ ﻟﻴﺲ ﺑﻤﻘﺪر وهو موقوف على رأي ﺍﻹﻣﺎﻡ واجتهاده، ﻭﻫﺬﺍ أﺷﺒﻪ وليس للولاة أن يحبسوا أحدا ﺇلا ﺑﺤﻖ وجب[4].

---

(1) أخرجه: أبو داوود، السنن، كتاب الأقضية، باب "في الحبس في الدين" وغيره، 307/2.

- الترمذي، السنن، كتاب الديات، باب "ما جاء في الحبس في التهمة" الحديث (1417) 20/4.

وقال: " حديث بهز عن أبيه عن جده حديث حسن، وقد روى إسماعيل بن إبراهيم عن بهز بن حكيم هذا الحديث أتم من هذا وأطول".

- النسائي، السنن، كتاب قطع السارق، باب "امتحان السارق بالضرب والحبس"، 67/8.

أحمد المسند، 492/5.

كلهم من طريق معمر عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، بلفظ: (حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا في تهمة) زاد الترمذي، ثم خلى عنه، وزاد النسائي: (ثم خلى سبيله).

(2) محمد أحمد حامد، التدابير الاحترازية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر)، ص:421.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص:240.

(4) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص:362.

أما القاضي أبو يعلى[1] فيرى أن [illegible] عنه أن للقاضي [illegible] التهمة، فقال في رواية حنبل «إذا قامت عليه البينة أو الاعتراف أقيم عليه الحد، ولا يحبس بعد إقامة الحد، وقد حبس النبي صلى الله عليه وسلم في تهمة وحبس حتى يتبين للحاكم أمره، [illegible] عليه بعد إقامة الحد».

ولعل الحديث ما رواه أبو داود في أول كتاب الأقضية بإسناده عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده «أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة»[2]، ويشهد لهذا قوله تعالى « وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ»[3].

وقولنا العلة على الحد لقوة التهمة في حقها لامتناعها من اللعان[4]، ويتفرع على هذا أحد نظريات العقوبة، وهي أن يكون الحبس حداً، [illegible] بطريقة تعبدية [illegible] الحرية وإخطار السلطة [illegible] لمدة طويلة[5]، [illegible] لما يرجون.

البند الرابع: الهدف من الحبس.

يترتب على الحد [illegible] عقوبات أن يؤدي [illegible] الحبس [illegible] عليه أنه [illegible] أو [illegible] امتنع الحكم فيه ووجب الحكم بعقوبة أخرى[6].

البند الخامس: الضوابط الموضوعية للحبس المؤقت.

أولاً:

أ- استجواب المتهم قبل حبسه، الاستجواب قاعدة عامة في الشريعة[7].

---

(1) [illegible] الفراء [illegible] الحنابلة [illegible] أحكام القرآن ومسائل [illegible] سنة (458هـ). ينظر: [illegible] الحنابلة، ج: 32.

(2) سبق تخريجه، ص: 161.

(3) القرآن الكريم، سورة النور، 8.

(4) أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ص:290- 291.

(5) [illegible]، العقوبة، ص: 207.

(6) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج1، ص:695.

(7) عبد الحميد الشواربي [illegible] الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص:60.

أ- أن يكون الأمر صادراً من جهة مختصة: لا يجوز أن يأمر به إلا جهة قضائية مستقلة عن الجهة القائمة بالتحقيق وتختص بالتحقيق، ولا يجوز أن تتعدى ولايته القضائية القاصرة على المتهم أمام القانون(1).

ت- وجود أدلة كافية على الاتهام، حيث رأى الفقهاء ضرورة وجود أدلة كافية على التهمة لتبرير حبس المتهم(2).

ث- أن يكون الجرم خطيراً: أن تكون الجريمة من الجرائم الخطيرة، كالقتل أو الجرائم التي يعاقب عليها بالموت أو الحبس الطويل(3).

الفرع الرابع: ضمانات الحبس المؤقت في القانون الوضعي والتشريع الجزائري.

البند الأول: الضمانات الشكلية في أمر الحبس المؤقت.

أولاً: صدور أمر الحبس كتابة: القاعدة العامة في الإجراءات الجزائية أن تكون الأوامر مكتوبة وذلك لإثبات ما ورد فيها والاحتجاج بها عليها(4).

تنص المادة 2/68 (ق.إ.ج) على «تحرر نسخة عن هذه الإجراءات وكذلك عن جميع الأوراق ويؤشر كاتب التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية المنتدب على كل نسخة بمطابقتها للأصل وذلك مع مراعاة ما أشير إليه في الفقرة الخامسة من هذه المادة»(5).

ثانياً: أن يحتوي أمر الحبس على بيانات جوهرية: تنص 109 (ق.إ.ج) على «يجوز لقاضي التحقيق حسبما تقتضيه الحالة أن يصدر أمراً بإحضار المتهم أو بإيداعه السجن أو بإلقاء القبض عليه.

ويتعين أن يذكر في كل أمر نوع التهمة ومواد القانون المطبقة مع إيضاح هوية المتهم ويؤرخ الأمر ويوقع عليه من القاضي الذي أصدره ويمهر بختمه. وتكون الأوامر نافذة المفعول في جميع أنحاء الأراضي الجزائرية، ويجب أن يؤشر على الأوامر التي يصدرها قاضي التحقيق من وكيل الجمهورية وأن ترسل بمعرفته(6).

---

(1) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص:73.

(2) عبد الحميد الشواربي الأنصاري، حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، ص:61.

(3) عثمان عبد الملك الصالح، حق الأمن الفردي في الإسلام، ص:73.

(4) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص: 130.

(5) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:68، ص:44-45.

(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 109، ص:65-66.

ثالبيانات التي يجب أن يشتمل عليها أمر الإيداع:

1- أن يتضمن أمر الإيداع بيانات تتعلق بهوية المتهم.

2- أن يتضمن أمر الإيداع توقيع القاضي الذي أصدره وترجع أهمية هذا البيان إلى الاستدلال عما إذا كان مصدر هذا الأمر ممن خوله القانون حق إصداره أم لا ومن ثم فإن تقرير الإيداع من قبل سلطة ليست مختصة يعد مخالفة لضمانة للمتهم خاصة وأنه يجب أن تتمتع هذه السلطة بالكفاءة والاستقلالية.

3- أن يتضمن أمر الإيداع تحديدا للتهمة المنسوبة إلى المتهم، مع ذكر الوصف القانوني للواقعة والمقصود بهذا البيان وجوب تحديد التهمة والوصف القانوني للواقعة المنسوبة للمتهم، بما إذا كانت الواقعة الإجرامية التي ارتكبها المتهم جناية أو جنحة تستوجب الإيداع أم لا[1].

4- إلزامية الإبلاغ بأسباب الإيداع وأسبابه، فلقد أكد المشرع على إلزامية إبلاغ أمر الإيداع للمتهم والنص على التبليغ الاستثنائي حيث جاء في المادة 02/117 (ق.إ.ج) «ويبلغ قاضي التحقيق هذا الأمر للمتهم، ويتعين أن ينص على هذا التبليغ في المحضر»[2]، والإبلاغ بأسباب الإيداع حبسه يعد ضمانة هامة تتعلق بحق الدفاع، إذ أن هذا التبليغ يتيح له الوقوف على الوقائع المنسوبة إليه والتكييف القانوني المعطى لها، ومن ثم فهو يحضر دفاعه، ويتمكن من دحض جرمه أي كذا لا يجد له وسائل ودحض تلك الأدلة وذلك إلا إذا علم بأسباب الإيداع[3].

5- أن يكون أمر الإيداع مسببا، وتبدو أهمية هذا البيان في أنه يبين كيفية احتساب مدة الإيداع، كما يبين القواعد اللازمة لتحديد هذا الإيداع.

6- توقيع الأمر بالإيداع وتبدو أهمية ذلك في أن التوقيع هو الذي يعطي نسبة الأمر إلى من أصدره، إذ بدون هذا التوقيع يكون الأمر بالإيداع مجرد مشروع أمر[4].

---

(1) مزيد دريال مبيكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:130-131.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 117، ص:69.

(3) محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، ج3، ص:432.

(4) دريال مبيكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:131.

البند الثاني: الضمانات الموضوعية للحبس المؤقت.

أولاً: طبيعة الجريمة: لا يجوز الحبس المؤقت إلا إذا كانت الواقعة جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر[1]، ولا يجوز الأمر بالحبس المؤقت في مواد المخالفات، وإذا كان المتهم مستوطناً في الجزائر وارتكب جنحة عقوبتها المقررة الحبس أقل من سنتين فلا يجوز حبسه احتياطياً أكثر من عشرين يوماً منذ مثوله أول مرة أمام قاضي التحقيق[2].

ثانياً: الجرائم التي يجوز فيها الحبس المؤقت: يشترط في الحبس المؤقت أن تكون الجريمة المنسوبة للمتهم جناية أو جنحة معاقباً عليها بالحبس، ومن ثم لا يجوز الحبس المؤقت في الجرائم المعاقب عليها بالغرامة، فلا يجوز توقيع الحبس المؤقت على متهم ارتكب مخالفة[3].

ثالثاً: مبررات الحبس المؤقت: تنص المادة 123 «الحبس المؤقت إجراء استثنائي لا يمكن أن يؤمر به إلا إذا كانت التزامات الرقابة القضائية غير كافية في الحالات الآتية:

1- إذا لم يكن للمتهم موطن مستقر أو كان لا يقدم ضمانات كافية للمثول أمام العدالة أو كانت الأفعال جد خطيرة.

2- عندما يكون الحبس المؤقت الوسيلة الوحيدة للحفاظ على الحجج أو الأدلة المادية أو وسيلة لمنع الضغوط على الشهود أو الضحايا أو لتفادي تواطؤ بين المتهمين والشركاء، والذي قد يؤدي إلى عرقلة الكشف عن الحقيقة.

3- عندما يكون هذا الحبس ضرورياً لحماية المتهم أو وضع حد للجريمة أو الوقاية من حدوثها من جديد.

4- عندما يخالف المتهم من تلقاء نفسه الواجبات المترتبة على إجراءات الرقابة القضائية المحددة لها[4].

---

(1) عبد الحميد محمود البعلي، الحماية الجنائية للحقوق والحريات أثناء المحاكمة الجنائية، دراسة مقارنة، (ط1، الحقوق، الكويت)، ص:119.

(2) محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ص:71.

(3) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:132.

(4) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة: 123، ص:74.

رابǃا: ǃسبيب اǈمر ǃا ﺑ ǀ ǁ ǂǃ: ǃنǂǃا لتعديل قانون اﻹجراǃات اǄ ǅǂائية ǃالقانون 1-8 ǃرǅ 26 ǃ يونيو 2000، أصبǃ مǃ القيوǃ الوارǃǃ علǂ سلطة قاǃǂ التǂǃيǃ أن يكون اǈمر ǃǃǃǈ ǀ ﺑ ǀ مسببا(1)، تǃنص ǃ ǃǄ ǀ 123 مكرر: «يǃب أن يسǃǀ أمر الوǃǃع ǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ علǂ اǈسباǃǃ ǀ ǁ ǃ ǂ ǃ عليها ǃ ǄǃǄ ǀ 123 مǃ ǃǃǃ القانون»(2).

ǃامسا: مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ: اǈمر أن مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ ǃǃ 4 أǃهر ولا يǃوǃ أن ǃǃǃ ǀ ǁ ﺑ ǃǃ اǃǃǃهم اǃستوǃ ǀ ǁ ǃ ǂ ǃائر أكǃر مǃ 20 يوما، عندما يكون اǃ ǂ اǈǃǃǃ للعقوǃة اǃقرر ǃǄ أقل أو ǃساوي ǃسنǃ حبسا(3). تǃنص ǃ ǃǄ ǀ 01/125 «ǃ ǃ اǈحوال اǃǃǃǃ ǃ عليها ǃ ǀ ǃǄ ǀ 124، لا يǃوǃ أن ǃتǃاوǃ مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ أرǃعة (04) أǃهر ǃ مواǃ ǀ ǁ ǃ»(4).

ǃادǃا: ǃديد ǀ ǁ ﺑ ǀ: ǃن سلطة قاǃǂ التǂǃيǃ ǃ ǃديد ǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ يرǃǃǃ ǀ ǁ ǃǃ ǃǃǃهم مǃدǃ أرǃعة أǃهر، ǃǃن ǃ ǀ ǁ ǃدǃ ǃǃ ǃǃر ǃا يوما لا يǃوǃ ǃيه التǃديد ǃǃفة مطلقة، وǃوǃ التǃديد ǃ ǀ ǃ والǃنايات وǃǃ ما يقرره القانون، واǃǃǃǃ أن صǃǃحية ǃديد ǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ وعدǃ مرات التǃديǃǃ ǃǃكومة ǃطبيعة اǃرǃة موǃوǃ التǂǃيǃ، جناǃة أو جناية والعقوǃة اǃقرر(5).

ساǃعا: ǃǃǃم مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ مǃ العقوǃة اǃǃǃǃ: ǃǃǃǃم ǃ ǀ ǃǄ ǀ 12 مǃ قانون السǃǃǃم ǃǃǃون وǃǃعاǃ ǃ ǀ ǃرǃية اǃساǃ ǃǃǃم مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ مǃ العقوǃة اǃǃكوǃ ǃǃ علǂ اǃتهم ووǃǃǃǃ ǃǃǃ ǃ ǀ ǃǃǃم مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ كاملة وǃǃقوǃ القانون مǃ عقوǃة ǀ ǁ ﺑ ǀ ǃǃون ǃǃǃǃ مǃ الǃǃǃǃ، وǃǃسǃǃ مدǃ ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ مǃ يوǃ ǃبǃ ǀ ǁ ǃǃكوǃ عليه ǃناǃǃ علǂ أمر قǃǃǃǃ مǃ أجل اǃرǃة اǃǃǃǃ ǃǃǃ ǃǃǃ ǃǃانته(6).

ǃامنا: اǃتهم الǃǃي ǃوǃ حبسه احتياǃيا: لا يكǃǃ أن يكون اǃتهم قد أرǃكب جرǃة مǃ اǃرائم الǃǃ ǃوǃ ǃيها ǀ ǁ ﺑ ǀ ǁ ǂǃ، ǃل ينبغǃ أن يكون:

---

(1) عبد أوǃايبية، ǃرǃ ǃانون اǃǃراءات اǃزاǃية اǃزاǃري، ص:385.
(2) ǃانون اǃǃراءات اǃزاǃية اǃزاǃري، اǃادǃ: 123 مكرر، ص:75.
(3) معراج ǃديدي، الوǃيز ǃ اǃǃراءات اǃزاǃية مǃ التعديǃǃت اǃديدǃ، ص:49.
(4) ǃانون اǃǃراءات اǃزاǃية اǃزاǃري، اǃادǃ: 125، ص:76.
(5) عبد ǃ أوǃايبية، ǃرǃ ǃانون اǃǃراءات اǃزاǃية اǃزاǃري ، ص:391-392.
(6) ǃǃǃǃ ǃǃǃ: بوǃǃǃǃǃ ǃǃǃǃǃ ، اǃǃǃحتياطǃ و اǃراǃبة القǃǃǃǃية ،ص:327.

أ- قد تناولت الثامنة عشر (18) وتقابلها المادة 444 من (ق.إ.ج) بأن القواعد الخاصة بمجرمي الأحداث[1].

ب- ونص المادة 02/51 على «... أن لا يجوز التحقيق مع أي حدث إلا في حضور وليه أو محاميه أو أحد أقاربه أو ولية المحكمة مرجعا، سواء لدى النيابة أو محكمة الأحداث»[2]. كما نص المادة 02/89 «ولا تقوم المحكمة ... ولا لرجال الشرطة بإجراء ... القضائية وجوبا ... على المتهم القيام بإجراءات ... القضائية بالنسبة ... أحوال حقوق الدفاع الاستماع ... لدلائل قوية ومتوافقة على قيام التهم في حقهم»[3].

والأمر الذي يستفاد من هذا النص أن وجود الضرورة لا بد من أن تكون التهم دلائل قوية كافية لدى ... وبالنسبة إليه الجريمة، والمقصود بالتثبيت ينبغي أن تكون التحقيقات الأولية التي يجوز الاعتماد عليه وحده في الإدانة والدليل الذي ... عبارة عن وسائل الإثبات، والتي لا ... الدلائل لا تكفي وحدها للإدانة عند الحكم في القضية، ولكن تعد بمثابة مرحلة ... الاستناد والاعتماد عليها في مرحلة التحقيق[4]، وليست الدلائل القوية هي العنصر الوحيد في التقدير عند الأمر بالحبس الاحتياطي بل لابد من ظروف المتهم الاجتماعية وارتباطاته العائلية كلها عناصر يدخلها القاضي في تقديره[5].

وفي نص المادة 68 فقرة السابعة «ويجري قاضي التحقيق بنفسه أو بواسطة ضابط الشرطة القضائية تحقيقا للفقرة السابقة أو بواسطة أي شخص مؤهل لذلك من وزير العدل، تحقيقا عن شخصية المتهم وكذلك حالتهم المادية والعائلية أو الاجتماعية إلا أن التحقيق اختياري في مواد الجنح»[6].

(1) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:133.

(2)قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:51، ص:33.

(3)قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:89، ص:58.

(4) ... ، ... ، التحقيق، ص:194.

(5) درياد مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي، ص:134.

(6) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة :68، ص:46.

تاسعا: التعويض عن الحبس المؤقت: تطرح مسألة التعويض عن الحبس المؤقت في حالة ما انتهت الدعوى إلى براءة المتهم سواء على مستوى جهات التحقيق (أمر أو قرار بانتفاء وجه الدعوى) أو على مستوى جهات الحكم (حكم أو قرار بالبراءة)[1].

تنص المادة 137 مكرر على « يمكن أن يمنح تعويض للشخص الذي كان محل حبس مؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية انتهت في حقه بصدور قرار نهائي بألا وجه للمتابعة أو بالبراءة إذا ألحق به هذا الحبس ضررا ثابتا ومتميزا»[2].

ويشترط لقيام التعويض الشروط التالية:

أ- أن يكون المتهم قد حبس احتياطيا.

ب- أن يصدر قرار بألا وجه للمتابعة أو حكم نهائي بالبراءة.

ت- ضرورة توافر ضرر غير عادي وذي جسامة معينة[3].

ونقرر في هذا الصدد أن القانون الوضعي بصفة عامة وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري بصفة خاصة قد وضع ضمانات كافية لحماية المتهم عند تعرضه لإجراء الحبس المؤقت وهذه الضمانات منها الشكلية والموضوعية وكان من أهمها تحديد الجرائم التي يجوز فيها الحبس المؤقت وهي الجرائم المعاقب عليها بالحبس (جنايات أو جنح)، وكذلك اشتراط الاستجواب قبل إصدار أمر الحبس، وتحديد مدة الحبس، واشتراط تسبيب أمر الحبس، وإتيان المتهم الذي يجوز حبسه، وتقرير التعويض في حالات معينة عن الحبس المؤقت. إلا أن الضمانات التي أقرتها الشريعة الإسلامية كانت أكثر وليس أدل على ذلك من الرأي الذي تبناه أبو يوسف وهو عدم مشروعية الحبس المؤقت حفاظا على الحرية الشخصية وتأكيدا على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه « لا يؤسر الرجل في الإسلام بغير العدول»[4].

وحتى الذين ذهبوا إلى مشروعية الحبس أكدوا على أنه للتأديب، وأن الحبس في الماضي لم يكن له مكان خاص إنما كان المسجد أو البيت، والمعلوم أن الحبس في البيت ليس عقوبة وليس مكانا للعقوبة، وكذلك البيوت مكان الاستقرار والسكينة وليست مكان للعقوبة، وبالتالي لم يكن الحبس في الشريعة الإسلامية وكذلك كان أبعد ما يكون عن الواقع العملي بعيد عن استعماله

(1) أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، ص:156.

(2) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المادة:137 مكرر، ص:91.

(3) بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي والرقابة القضائية، ص:361.

(4) سبق تخريجه، ص: 125.

الكلمات التي تحمل معاني التعذيب والفسوق والظلم. والإنسان الحر الذي أسسته الشريعة الإسلامية هو التأكد من نسبة الجناية إلى الشخص وافتراضه للجرم قبل القضاء عليه وسجنه، فالشريعة [illegible] أن أحكام الشريعة على اليقين لا على الظن [illegible] «[illegible] و[illegible]، وعدم الالتفات للنادر [illegible] على الغالب ولا يلتفت للنادر على [illegible]»(1). والإنسانات [illegible] المقررة في الشريعة راجعة لتطور [illegible] وكونه حديث حد لتقييد حرية الفرد ونسبة التهمة إليه [illegible] على حقه في [illegible] وحده [illegible] التي تتبع في [illegible] الجرائم ولا تقرير مبدأ التأييد كما يقول عبد القادر عودة: «إن عقوبة [illegible] في القوانين الوضعية هي العقوبة الأصلية، أو العقوبة الأساسية التي يعاقب بها في كل الجرائم تقريبا سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة، أما في الشريعة الإسلامية فعقوبة [illegible] ليست إلا عقوبة ثانوية، لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة، وهي عقوبة اختيارية للقاضي أن يعاقب بها أو يتركها، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب على ظنه أنها مفيدة، ويترتب على هذا أن يقل عدد المحبوسين في البلاد [illegible] تطبق الشريعة الإسلامية وأن يزيد عددهم في البلاد التي تطبق القوانين الوضعية»(2).

---

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص:124.

(2) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، ص:695.

خلاصة الفصل الثاني.

ٱن الǍريعة الƔسƍمية والقانون الوƋǓعي ǣفة عامة، وقانون اƍجراǍات الƂاǍية الƂاǍري كفلوا حق الفرďي في النǕام اƍجراǍي، وǢǍǾ تقرير ǢماناǓ خاصة للمتهم، ومن أƝها مبدأ قرينة البراǍة والǾي أساسه ǣراǍة اǍǕص، اǣتداƍ ومعاملته علƑ اǾساس، وأن عبǍ اƍثباǓات يقع علƑ عاتق اƕدعاǍ، وأن الƂǍ يفسر لصالح اƕ متهم. والǍريعة اƍسƍمية تحدد العقوبات اǍ دوǍ كان يقصد فقاǍ الǍرعية وأƍنها وقائية منها العقوبة والعقوبة... ǾǍ يقول أبو ǍǕرة «وحسب اƕمن أن يكون اǍ يد مقطوعة كل عاǍ ليكون مانعا اǍجراǍ»، والوصول اǍ قول العƂ «العقوبات الǍرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفاسد بل ǍǍǍ»..

كما أن المشرع Ǎ قرر الفرďي في مرحلة التحقيق الابتدائي Ǎ متهم الدفاع، وحضور اƍجراǍات، والاستجواب الǾي كفلته الǍريعة اƍسƍمية ǣوǓع ضمانات للمتهم تتعلق بالتحقيق، وعدم تعرضه للتعذيب والمعاملة القاسية، وعدم اكراهه علƑ الاعتراف ǍǍ نفسه، وحقه في الرجوع عن اقراره، وضمانات لعدم التأثير متهم.

كانوا أو أفرادا قررت السرية كالمسكن، والǍريعة اƍسƍمية سباقة اǍ الفرďي، ... كاعتبار الحق في السرية ... مراعاة للمسكن ... والǾي لا يجوز انتهاكه الا حفاظا علƑ ... حالة الضرورة وحالة ظهور ...

علƑ أن الحق في الǾي أساسه الأمانة العامة في الدولة تتبع ... ، ... صيانة حقهم في الدفاع واثبات البراءة، لا بد وأن تقرر عليه قيود كما ... التفتيش والقبض ... الا أن الفقهاء منع ... تقرير ضمانات عامة للتفتيش حفاظا علƑ حق الفرďي، فالǍريعة اƍسƍمية قررت حرمات المساكن بآيات قرآنية وأحاديث منع الدخول ... وتحريم ... المراسلات ... الخاصة ... الاعتداء عليها مساسا ب... الانسان ... وصية، وأن ... الǍريعة اƍسƍمية ... الكافرة ... حرمات ... المساكن وحرمات ... الطرق ... العامة ... وبعد ... الوسيلة ال... روعة ... قيد ... القيود

الوارgǻ علǽ حȨ اǼŋ ǊǶالفرǻي، ǆǼŌǹ أن حȊ ا تهم Ǹجراǆ ǰŔǊ ǊǶqجراǆات ا اسǼø ǆǼ ǆǼø ري ǆǼø

اǹÂÔية Ǽŋ ن اǼŋساȃ عدȳ سلب حرية اǼŋǽǼŌǻ ،Ǹلا أن أمر ا ȊǸ ȄŘǼŌǹيه ȄǹÔǼŌǼŌ ا ǼŌǼŌǼøعة Ž

القȊŘ علǽ ا Ǹتبه ǽيهم وعدȳ ȒǸǼŌǽ الدلائل ا وصلة ǼŌǼŌǼŌȨ. واǸ ريعة qǼǼŌمية السǼøǼŌǼŌǼŌ –

أسسǸ ȒǼŌǼŌنات ǸǸرعية مقاصدية Ǹنسانية ǽǼŌǽ ǸǼŌ جانب ا تهم Ž Ȅǹل حبسه احتياǼŌǼŌياǼ – ǁǸ ÔǼøǼŌ

Ǹليها القوا الوȒǸعية عȆ ǸǼŌǼŌǽ العÔور ومنها عدȳ القول Ǹ ǸǸرعية ا Ȋǹ عند ǼŌǼ ȒǼǸ الفقهاǼ وǼŌØǼŌ

حفاǼŌȨ علǽ حȨ اǼŋǽǼŌǻ Ž ا رية والتنقل.

وǽح الفقهاǼŌ ǼøǼŌǼŌي اǼŌǼŌبوا ǸǸ ǸǸرعية ا Ȋǹ أقروا ǼŌǼŌ Ž ȄǹǽǸ ǸواǸǸǸ ǸǸنات مقاصدية

ǼŌǼ العدل Ǽ ا ǼŌǼŌǼŌ اǸǸرعǼŌ وعقوǼŌ ا ǼŌ وǼ الأجر، ǽون ا ساȃ ǼŌǼŌ Ž ǼŌǼŌ Ǽø وǼ ا ǼŌǼ

علǽ ǸǼŌǼŌǼŌ ǼŌǼǼ Ž ǸǼŌǼ علǽ ا رǼŌ واǼŌره .

خاتمة

وŽ ňتاȳ ŁǾا البǶث، لا بد مه ǈ التأكيد علﻰ أمر ȳŁ، وŁأ ǂ أن Ǉ أفوȳ ةتالÁيص ما قالǾŇ ǂ Žيع البǶث لتفاǻي التكرار، ǆǂ ǈاية كل مرǅوقة ǈاŇ ǈÔص عنه، بل سأحاول عرÔ أŁǾم النتائǰ والتوصيات الǋ Ƴوصلǂ Ňإليها مه ǈ ŇƳ ا قارنة ǂ الǍ ريعة الqسǾƳمية والقانون. ŁǂǾه ا قارنة الǋ ǂ ƳÂŇ عنها حقائǅ أصيلة، وركائÂ متينة، وليȄ مه ǂ ǈ ā ا بالغة أن أقǾرر أن الǾدǈȳ الqسƳمǾ ǂUǈŁ ǎ الركيǄĝ العĮǂ، ǂǈإǂ ǽلǍ ţرŁ ǂŁ ǈÔ ا دمرǅ ا ا ǂ قوā، مبيع ا ǂ ǎ وا ! سبǶانه وǂǎ ǈ ا ǾǏ كفǾل ǈāǾǾ ǈقى ا ǂ Ƿيع ا ǂ قوā، واعتǈ Ǝ ا ĊĿ ا ǂ ǈǅ اية واجب وǄرورǅ، بل أنه قرر العقǾ ǈāǾ للعاصǾ ا ǈŁǾǾ ǈ اǽ ين ينتهكون ا ǂ قوā، ومه مه ا ǾƳم ǈا ǂ عقاā الدنيا ǈعقاā ǈ ǇǾŇرǅ أǎد وأبقﻰ.

وا ǂ ǽ مفهومه الدǅ Ǿ ي مه ا ǈŁ مه ا ! وǂŘǂ ǈإعـ مه، والqسان ǂŘ ǈā لأستفاǾƳ ǈ āǂ سÁر ا ! ﻻه، وا ǂ قوā مفيدǅ ȳƳسqا Ž ȳ ا ǂ ǈǎ ا ǂŁ الǍ رعية، وǂŘرورǅ جلب ا ǂ انǽ وǂǽر ا ǂ فاسǾد، ومسǾŲولية ا ǂ فاǈǉ عليها ǂǈقع علﻰ الفرǂ نفسه أولا Ǐ Ž ا ǂǈ ǈ ا ǂ اعة.

ǆŁǂ ǈ Ł السبيل ǂ ǈ ǇǾǈ ا ǂ ا ǂ عاملة ا ǂ ǂعبة Ô ǈ كفة ا ǂ قوŽ ā ا ǂ qسǾƳمȳ وكفǾة ا ǂ ǾǾā Ž القوا ǂ ا لوǄعية ǂŸ ǂǈǂǈ بينȳ ǈŀ ا ǂ كم ا ǍǍ رعǈ ǈ ǂŘ ǄŸتقنه ǈǂ ǈ Ô ا ǂŁ ǈ مصدر ا ǂ Ǐ Ž ا ǂ qسǾƳ مȳ، القانون مصدر ا ǂ Ǐ Ž ǂĹ الǈ القوا ǂ الوǄ عية، وǈ ǂǂتان Ž ا ما مصدر ǂ ! سبǶانه وǂǎ ǈ، ا ما مصدر ǂ القانون ا ǈǋ Ǿ ي وǂ ǄÔ عه ا ǂ نسان! وكون ا ǂ قوā Ž ا ǂ qسǾƳمȳ مرǂŁ بطة ا ǂ ǅǂ ! ǈȺǾǐ ǐǎ ǇǄŀ كان لعدȳ سقوǈǂها مه مه جهة وǈ ǈ ايتها وصيانتها مه مه جهة Ǝ التعسǾ مه جهة أǎ ǈ ǈرى.

أما ا ǂ قوā Ž القوا ǂ الوǂǄ عية ǂŸ ǂǾǾƖǾ ǈ ا ǂ عǾŘ ǈ للǂ ǈÔŁǾ ا ǈ اصة والǈ ǆǂ انية، وعدȳ الالتفات ا ǂ ا ǂ ǎÔǾ ا ǂ ا ǂ ǈÔ عاǈǂǾ، ǂÔŇ ǈوص ا ǂ و العقاā ا ǂ ǈ نيويǂ، ǈ ǈŀ ǂ Ǿ ǈ Ǘǂ مه قبŘǂة القانون أǂ ǈ ǂŁŇzd ǂǈǾǐ ا ǂ فهوȳ ...

كما أن ا ǂ قوā Ž القانون لا ǂ ǂŁ ǄŘ ǂǈ ǈ ǈÔ ǂ ǂŁ ǂ التبيية Â العرǂŁ وا نسǂŁ ǂ ا ǂÔ ǂǾŁ ǂŁ، والتǾƳǎ ǂǈǂǾب بالقانون لاكتساā حقوā منتهكة ǂ ǂǾǾǈ ǈǂ ǂǂ ǂǏ ǂǈǂǈ ǂŁǂ الوقŘǂ بعد ǂŁ ǈ ǂǂǂ ǂ ǈ ǂ ǈŇ ǎ ǂ ǈǂ ر.

أما Ž ا ǂ qسǾƳ ȳ ǂŘǂÁ ǈǂ ǂŁ ا ǂ قوā بدأ ا ǂ ساواǈ ǈ والدǅومة، وا ǂ Ô ǾǈǂŁ ǂ ا ǂ عتǾǾƎǂ، والǂŘǂŁǂ، ǂ ǾqسانǄ، وا ǂ ǂǈǂŸ ǈ ا ǂ منوحة للفرǂ Ž ǈŁ ǈ ǂ ǆ ǂ ǂ ǈ ǂ، وǈ ǈ اية ا ǂ قوā مه ǂǂǈ Ǝ ا ! أولا ǈ ǂ Ž ǈ الفرǂ Ž ǈǂ ا ǂǈ ǈ ǂ اعة ǂǈ عل للمسǾƳلة بعد أǂǈ ǂ ر، وللǂŁ ǂعاملة ǂǈǂǂ ǂǂ ǂ ǈ ǂ حلول وسطﻰ... Ž انتǂŁǂ ار ا ǂ ǂ ǂ النهائǂŁǂ.

وǂŁǂ ا ǂ قائǅ السابقة أقررنا مه ǂ ǈǂ ǈǂǈ ا قارنة كǂ ǂ ǂصل عاȳ، أما أǂ ǂ ǂ م النتائǰ ا ǂ Âئية ǂǈǂǈ ǂǈ ǂǂ ǂǈ ǂ Ž:

أǂǈǂ ǂ: الǍ ريعة الqسǾƳمية اعتنǂŁ ǂǈ ǂ ا ǂ قوā اعتناǂ ǂǂ ǂ بالتكاليǂ، واعتǂǎ ت ا ǂ Ǌ ǂ Ž ǂǂ ǂرورǅ وواجبǂ، مه مه ا ǂ ǂǂǂ ǂ ا ǂ Ƿيع الدǂŁǂ عنه.

ŀǁŽƶǇ: أن ا Ę Ž ا ǰ ǻǋ الفرǻǉ مǋ ا قوة اƮامة، ȀǊو وǛيفة اȂǻلة ƫاقوة اǙنسان، ƿǽǰ ǋǉ ƹروري للقيام ȇواجب اǙƬȈ Ž ǰ ا ǳ واستغƦل ا قوة.

ŀǁǳƶǇ: أن حĘ ا ǰ مǋ الفرǻǉ لي Ȅ وليد القوان الوƹعية، Ǝل أن اƅ ريعة اǙسƦمية أرسǍ قواعدȂǋ منǋ أرȇعة عƅ ر قرنا ومȄا ǋ Ʒ ل القرآن الكر ، والسنة النبوية، والقواعد الفقهية وا ǰصولية.

ŀǃƹاȇر: أن النǛرية العامة للتدرȀ والعقاȃ Ž اƅ ريعة اǙسƦمية، والقانون الوƹعƴ كفلت ǍǋǊ حĘ ا ǰ مǋ الفرǻǉ مǋ ƷǊل مبدأ ƅ ÂǋÉية ا سƙولية ا نائية، ومبدأ ƅ رعية ا رائم والعقوȇات، وكǋǊǈǊ مبدأ عدȇ ا ǰ ǋر الرجعƴ للقوان ا نائية.

ŀƻǋǉƸ: أن مبدأ ƅ رعية العقوȇة مبدأ ƫȇا، ǰ نه يƦƉد مǋ سلطات القاƹ Ƴ واƮǋي لا يستطيع أن يقرر عقوȇة لفعل ƅ يرǋ نص علƿ عقاȇه، واƅ ريعة اǙسƦمية كان ƴǋǉ السǋȃل Ž وجǋȇو مǋȇدأ اƅ رعية ƹǋȄƹ منهǇ سديد يقƴǋ ȅضرورة ا ȕبيق Ę ا بدأ ȕبيقا ƽيقا Ž جرائم ا دود والقǋǋȄ ǋȂǋ ȅ والدية، ومرونة ȕبيقه Ž جرائم التعاȇير، وƫǋȃ Ǌ لقاƹ Ƴ سلطة التفريد العقاȉ.

ŀǇƸاد: يعتƫ مبدأ ƅ ÂǋÉية ا سƙولية ا نائية ƹ ماȃ Ę ا ǰ مǋ الفرǻǉ، ƿǋǋǈǋȇǋǍǊ لا يسǂل الفرǋǊǂǋ جنائيا عƴ أعماƦل ǂ ǋ Ǎ، واƅ ريعة اǙسƦمية سبقǍ القوان الوƹعية Ž ǋȂǋرار ǋǊǈǋȂ ا ǋȃدأ أو Ž ȕبيقǊ ا ǋǈǋȂ ǋ ǍǊȃ ǋȃǋ ȕبيقǊ مبدأ اƅ ÂǋÉية «الاǙƫرǋǊȇ» Ž ǋǈǋȂ ǋ صور الاƅ تراȫ» ǋǊ.

ŀǇƸاȇع: أن ا ǰ ǋǋǋ لا يƅ عرون ǋȂ ǋȇǋ ǋǋ ǋǊǈ ǋȂ ǋ ǊǈǋȂ ǋȂ ǋǋǈ ǋȂ ǋǋ ǊȂǋ جنائيا عƴ أعمال كانǍ مباحة وقǋǍ ارǋǋǋǊم ǰǋ، ومǋ ǋǋ ǋǋ Ǌقرر مبدأ عدȇ ا ǰ ǋر الرجعƴ للقوان ǋǋ ǋȂǋǊ ا ǰ مǋ الفرǻǉ، واƅǋ ريعة اǙسƦمية عرǍǋ ا بدأ كǋأصل عاȇ، وأن الاستƦǋǋǈات الوارȀǋ عليه ما كانǍǋ لا ǋȂ ǋǋǋȂ ǋǋǋȂ ا ǋǋاعة، أو ȕبيقا بدأ التƅ ريع ا ǰصلح للمتهم.

ŀǋامنا: أن اƅ ريعة اǙسƦمية والقوان الوƹعية كفلوا حĘ ا ǰ مǋ الفرǻǉ Ž ǋǊǋǋǋǋǋ ǋǊǋǋǋ ا نائية، ومǋ Ʒ ل ǋقرار ƹ مانات ǋǊ ǋامة اǙǋǋǋǋ Ž مرحلة التǋǋǋǋǋ الابتدائƴ.

ŀǇǋǋǋ: أن مبدأ قرينة اǋǋǋǋǋ مبدأ ǋǋ Ž ǋǋǋ ǋ ا ǰ مǋ الفرǻǉ، ǰ ن ا ǰ صل Ž اǙنسان اǋǋǋǋǋ، وȇالتاƫ يعامل اƅ ǋǋص علƿ ǋǋ ا ǰ ساǋ، ومǋ ǋǋم نتائǋǋǋ أن عبǋ اǙǋǋبات يقع علƿ ا ǋǋǋم أي ا دعƴ، وأن اƅ ǋ يفسر ǋǋǋ ا تهم.

ŀǋǋاشر: أن حǋǋǋ ǋǋ يكǋǋ ǋǋǋǋ رǋ حديث ا ǰ ǋǋǋ اƅ بهات ȇقدر ما كان ǋǋǋǋ ǋǋǋǋǋǋ ǋǋǋǋǋǋ ا ǰ ǋǋǋ ǋǋǋǋǋ ȕبيقا ǋ دوǋ ا ǰ!، واǋǋ ƅ رǋǋ عقوȇة ǋǋǋ قاصد ƅ رعية وǙنسانية.

الحادǻ عشـر: ǹن ǹǁǼǳ التعǀير ǼǳǁǼǳ îǹ انفرǻت ǈه اǼǴريعة اǩǽȂǓمية وǿǼǳ كان ǼǳƜ الفǠǳ ǼǳǀǸ Ž وجوǻ ǹǼǳǁǼǳ التفريد العقاŸ قبل وجوǻ Ȃ Ž ǻ القواǹ الوǓعية.

اǼǳǁǼǳ Æ عشر: ǹن ǹ Ę Ž الدǸǳ ţ Ž مقرر اǼǴريعة اǩǽȂǓمية ǳطبيقاǶǳ ǼǳǸǳ Ô اǼǳǁǼǳ ǹ ǻǳǸǳ ، ومǼǳ ǸǳǼǳ ǹǁǼǳǼǳ ǹ الاستǼǳǁ ǼǳǀǸ يقǈǳ ǹǁǹ ǻǳǸǳ ǹǁǹ جواǼǳ ǹǁǹ ǹǁǼǳǁ ǹ تهم للتعǀيب واǩكراǹ، وǹ Ę ǹ تهمǼǳ Ž التعǼǳ ǹǁǹ اǻǳي وا عنوي.

الǼǳلث عǽر: ǹن Ę Ž ǹǁǹ حǁور اǩجراǼǳات ǼǳǁǼǳ ǁǼǳ للمتهم Ž عدǼǳ حرمانه مǼǳ حقǼǳه Ž الǼǳǁǼǳ ţ، وǹن كانŘ القواǹ الوǓعية ǹǁ ǹǁيها القانون اǩǼǳ اǼǳري فيǼǳدت ǼǳĘ ǹǁǼǳ حǼǳفرار ǼǳǀǸ ǼǳǹǁǼǳرور والاستعǼǳǀال.

الرابǹ عشر: ǹن حĘ اǼǳǁ ǹǁǼǳ الفرǻي وكǼǳ ǹǁ Ȃ ǼǳǼǳ ǹǁǼǳ قوة عرǼǳ فيوǻǼǳ أساسها ǹǁǼǳǁ اية ǼǳǀǸ عǼǳǁǼǳ ومǼǳ ǹǁǼǳه القيوǻ التفتيǼǳ والقبǼǳ وا ǹǁǼǳ الاحتياǼǳǁ.

الǼǳامس عشر: ǹن اǼǳǴريعة اǩǽȂǓمية وǓǼǳ Ǖ ǁǼǳǁ ǼǳǁǼǳانات ǼǳامǼǳ للفرǻ أǼǳناǹ التفتيǼǳ وǼǳǀǸ ǼǳǁǼǳ اية ǼǳǀǸه Ž ǹǁǼǳ مǼǳ، ومǼǳ أǼǳǸ ǼǳǁǼǳ ǹǁǼǳانات أن ǼǳǁكونǼǳ متلبسا ǼǳǁǼǳ، وأن ǼǳǁتواǼǳǁǼǳ لائل كاǼǳǁية علǼǳ ارǼǳكاǼǳǁ وأن يكون التفتيǼǳ ǼǳǁطريĘ مǼǳǁروǼǳ.

الǼǳادǼǳ عشر: ǹن اǼǳسا ǻ عدǼǳ سلب اǼǳǁǼǳ ǹǁǼǳ حريتهم، ومǼǳ ǼǳǁǼǳ لفقر ا ǁǼǳ كقيد مǼǳǼǳ القيǻوǻ الوارǼǳ علǼǳ حĘ ا ǹǁǼǳ الفرǻي حǼǳ ǹǁ Ǹ تهم ǹǁجراǼǳ ǹǁǼǳ مǼǳǼǳ اǩجرǼǳاǼǳات ا اسǼǳ ǼǳǁǼǳ ريǼǳة اǼǳǁǼǳية، واǼǳǴريعة اǩǽȂǓمية السǼǳǁǼǳ أسسǁ ǁǼǳǁانات ǼǳرعيǼǳ مقاصدية ǹǁنسانية ǼǳǁǼǳ ǼǳǁǼǳ جانب ا تهم Ž ǼǳǁǼǳ حبسه احتياǼǳǁ Ǽǳ ولǼǳ ǁǼǳل ǹǁليها القواǹ الوǓعية عǼǳ ǼǳǁǼǳ العǼǳور.

وǼǳǁǼǳ ǁǼǳ ǹǁǼǳكد ǼǳǁǼǳ Ę حقǼǳ، وǼǳ اǼǳتد ţ حǼǳǁ، وǼǳ ولǼǳ أحدǼǳ أمرا ǁǼǳ ǁǼǳ أǼǳ ماǼǳ ǁǼǳǁ الساǼǳǁ ǁǼǳ عǼǳ ا اǼǳكلة "Ž اǼǳǁية ا قوة" ǼǳǼǳ ǼǳǁǼǳ هل ا ǁǼǳ حكاǼǳǁ اǼǳǴريعة ومنهاǼǳ Ž ǼǳǁǼǳبات وǼǳǁ اية ا ǁǼǳوة ǼǳǁǼǳ «ا رجعية الدينية» ǹǁ أǼǳ ǁǼǳ الرǼǳبة الدائǼǳة Ž الانبهار ǹǁ يتوصل ǹǁليه الغرǼǳ وما يسǼǳǁǼǳونه مǼǳ حقوق منتهكة ǁǼǳسم اǩنسانية ǁǼǳ أǼǳ العǼǳǁ ǼǳǁǼǳ ǼǳǁǼǳ سبل لاستǼǳǁ Ę Ž ǁǼǳ التبعية ǼǳǁǼǳǁ ǁǼǳǁ حقوق مǼǳنفة كǼǳǁعارات ǁǼǳǁ اǩǼǳنات وا واǼǳĘ الدولية ǹǁ أو حكم علينا ǁǼǳǁǼǳيد ا قوة لعدǼǳ ǁǼǳǁ القدرǼǳ علǼǳ القول ǁǼǳǁمكانية امǼǳǁكها ǹǁ ... أو ... أǼǳ ... ومع العǼǳǁ ǁǼǳ ما علينا ǹǁ لا الرجوǼǳ ǁǼǳ لديننا اǩǼǳمǼǳ ǁǼǳǁ ǁǼǳǁ النǼǳر Ž Ǽǳريعتنا اǩǽȂǓمية، لا عرǼǳة حقوقنا وا طالبة ǼǳǁǼǳ، ǼǳǁǼǳ اǼǳǁكر ǹǁ سبǼǳǁانه وǼǳعاǼǳ علǼǳ نعǼǳه ا ǼǳنوحǼǳ اǼǳتداǼǳ وǼǳكرǼǳه اǩنسان، ǼǳǁǼǳ أجل ولا أعǼǳǁ ولا أرǼǳǁع مǼǳ ǁǼǳ ǁǼǳǁ ǁǼǳǁ ليفǼǳ ǹǁ Ž اǼǳرǼǳ.

ǩوصيات البǶث: وأǿم التوصيات الŖ ǻǀعوا إليها وأǻ ǂدǿا مǺ ǺǿƢƻ ǲǀا البǶث:

أ- ǩكǃǽيǄ البǶوǫ والدراسات Ž الǼȉǸ ǀǜǼ نائي ǲǿƢǼǸǳا ǼǷ ǧ الفقه ǲǿƢǼǸǳا نائي ǼǷ Ɓ ǹǿǼǳا ǼƳ ǡيبه ǲǿƢǼǸǳا Ž البǶث مقارنة ǚفقه ƥسرو ǾǷǾƬǷǸǻ ƺȅǂǷǸǳا.

ƃ- Ʊلث موǓوǝ حǪ اǶǷ Ŀ الفرǻǁي وǻراسته كǼƱرية مستقلة، والتǫǲأكيد علǼ Ʋ ǁƢǼǸǳا ƾǼǇ ǧ حريا مǽ Ž الǶǴǇ ǂǷمǜǤǳا الǶǻǪǻ ǪǻǪǼǳا واǶƬǰǷǧ ƪǇƩالدǂƠƴǳا وƗصيل ǂƥصɬ ǼǷ ǅƾ ǶǻƢǻƢƷ Ž لاǪǼǶǳا البǼǬƪǧ ǪǻǿǟƬǼǳا.

- أما ǳ ǟǂǌǸǳا ǂƟاǄƴǳا ǲȍǺǫǷǾǻ ǌǻيوصنة:

1- التǫǲأكيد على كفالة سرعة الإجراءات الجنائية وخاصة Ž مرحلة التحقيق الابتدائي.

2- التǫǲأكيد على حǪ الǼǷǶǷ Ŀ الفرǻǁي، وǥǳǡ ǪǳǶǳ ǪǷǾǻƢǫǪǳاǶƬǷ ǥǵ ǶǷǪǳا ǺǷ مراحل التحقيق.

3- ǁƾǼǷ ǟƢƦƬǳا الǪǴǷيات الǪǼǬǷ ǚخاصة بالاǡǂƬǻتباǝ والاǪǴǷ وتحديد معايǪǳ.

4- وضع مفهوم ǣƢǸǷ لمرحلة التحقيق الابتدائي، وتحديد السلطات ǳ ƫǂǸǻ ǧ ǺǷǺǼǸǳا Ž الǼǷǶǷ صل.

5- وضع ǂǬǼǳ ǭǡǼǷ وǿخاصة ونصص ǺǳƯ صريحة للحد من السلطة المطلقة لقاضي التحقيق Ž جولة التفتيǳ ǀƬƫ ǶǼǬǫǷǳ ǾǷǳƢǪ فهم Ž ǼǷǶǷ.

6- نوصي ǳ ǟǂǌǸǳا ǂƟاǄƴǳا بتحديد حالات الضرورة والاستعجال التي تبرر ǳǪǴǳ ǫǪǻ.

7- بيان موقف ǳ ǟǂǌǸǳا ǂƟاǄƴǳا من قيمة الضمانات ǾǿǪǬǼǳ سلطات التحقيق والاǪǴǷ Ž مواǼǷ قانونية محددة.

8- التحري من الجرائم التي تقع داخل البيوت من أصحابها، أو من ينوبهم، ǿ ǧ نائي الحرمات، وأن كان ولابد من الإجراءات فيجب أن تكون ǌǰǳا ǧ ǧǿǪǳا مهنية لحماية الإنسان.

9- نقترح على ǳ ǟǂǌǸǳا ǂƟاǄƴǳا اشتراط التسبيب، للقول بشرعية التفتيش ǳǪǴǳ ǳǪǼǿ لما سكن.

10- نقترح وضع ضوابط قانونية محددة ǳ ǟǂǌǸǳا ǂƟاǄƴǳا موقف من التصنت على المكالمات التلفونية.

11- تحديد مدى الاستيقاف الإداري والقبض بـ 24 ساعة، ومنح القبول عليه حق الاتصال بمحاميه عنه.

12- تحديد الحقوق الخاصة بالمجني عليه في التحقيق، وتحديد الإجراءات التي ǶǷ ǫǪǻ مرحلة التحقيق الابتدائي.

13- تحسين الرقابة على السلطات المخولة للمحقق في التحقيق، وتحديد السلطات الكفيلة به.

قائمة المراجع

- القرآن الكر ، رواية حفص.
- ا راجع الفقهية.

1- كتب التفس .

2- كتب ا ديث النبوي وعلومه ورجاله.

3- كتب أصول الفقه وا قاصد.

4- كتب الفقه وعلومه.

5- كتب الطبقات.

- ا راجع القانوينة.

1- قوا .

2- كتب قانونية.

- كتب ا قارنة.
- كتب اللغة وا عاجم.
- ا قالات والرسائل ا امعية.

الفهارس

قـائـمـة الـفـهـارس الـعـامـة

1- فهرس الآيات القرآنية.

سورو البقرو.

الصفحة	رقم الآية	الآية	السورة	الرقم
47 84	178	﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾	البقرو	01
48	179	﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون﴾		02
48	194	﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾		03
43	217	﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾		04
70	219	﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾		05
103 105	229	﴿تلك حدود الله فلا تعتدوها﴾		06
70	275	﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾		07
43	85	﴿ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين﴾	آل عمران	08
41 69	15	﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا	النساء	09

الرقم	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
		عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا﴾		
10		﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان توابا رحيما﴾	16	41
11		﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾	22	69
12		﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾	23	69
13		﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا﴾	34 35	130
14		﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾	43	70
15		﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما﴾	92	49
16		﴿من يعمل سوءا يجز به ولا يجد له من دون الله وليا ولا نصيرا﴾	123	64
17		﴿لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل﴾	165	33
18	المائدة	﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾	38	42 70
19		﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع	33	44

		أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾		
47 48	45	﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾		20
45 70	90	﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾		21
63	164	﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون﴾	الأنعام	22
48	126	﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين﴾	النحل	23
33	15	﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾	الإسراء	24
41	32	﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾		25
47	33	﴿ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق﴾		26
130	19	﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحدا﴾	الكهف	27
41 69	02	﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة	النور	28
44 74	04	﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾		29
162	08	﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله		30

		﴿... إنه لمن الكاذبين﴾		
31		﴿إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم لا تحسبوه شرا لكم بل هو خير لكم لكل امرئ منهم ما اكتسب من الإثم والذي تولى كبره منهم له عذاب عظيم﴾	11	74
32		﴿يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون﴾	27	136
33	النمل	﴿يا أيها النمل ادخلوا مساكنكم لا يحطمنكم سليمان وجنوده وهم لا يشعرون﴾	18	136
34	القصص	﴿وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون﴾	59	33
35	فصلت	﴿من عمل صالحا فلنفسه ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد﴾	46	64
36	الحجرات	﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين﴾	06	96
37		﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴾	09	44
38		﴿ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله إن الله تواب رحيم﴾	12	141
39	النجم	﴿وما لهم به من علم إن يتبعون إلا الظن وإن الظن لا يغني من الحق شيئا﴾	28	96
40		﴿ألا تزر وازرة وزر أخرى﴾	38	63

63	39	﴿وأن ليس للإنسان إلا ما سعى﴾		41
81	01	﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير﴾	المجادلة	42
140	01	﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة﴾	الممتحنة	43
24	04	﴿الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف﴾	قريش	44

2- فهرس الأحاديث والآثار.

3- فهرس الأعلام

4- فـهـرس الـقـواعـد الـفـقـهـيـة والأصـولـيـة

أ- القواعد الأصولية:

ب- القواعد الفقهية:

5- فهرس المواد القانونية

6- قــائـمـة المـراجع .

القرآن الكريم برواية حفص.

كتب التفسير

1- القرآن، القدير (مؤسسة الرسالة).

2- القرآن، امع لأحكام القرآن (دار الكتاب العربي).

IV- كتب الحديث النبوي وعلومه وعلوم الحديث:

3- حاشية، الفكر: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر 1988م.

4- أبو مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الكتاب العربي القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت.

5- أبو بكر أحمد البيهقي، السنن الكبرى، نسخة محققة ومخرجة أحاديث، دار مكتب البحوث والدراسات دار الفكر، بيروت.

6- أبو بكر أحمد البيهقي، شعب الإيمان، تحقيق: أبي السعيد محمد بسيوني زغلول، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2000م.

7- أبو بكر عبد الرزاق، المصنف، إعداد: أيمن نصر الدين الأزهري، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م.

8- أبو بكر عبد الله بن محمد أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ضبطه وصححه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ/1995م.

9- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط2، 1983م.

10- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، المكتبة الثقافية، بيروت.

11- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، دار الحديث.

12- أبو عيسى محمد بن سورة، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، دار الكتب العلمية، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، 1987م.

13- أƥد ƥǺ Ÿأ ƥǰكر البوص ي، مǐبالǞ dzƫǂ ماجة، ƥǶائد ǧ Ž اجاجة ǫƸيǪ وǠǴيǪ: ǂǘƥد ا نتǬǂ الكǌناوي، ǃ وت، ǁار العرƥية، ǖ1 1403ǿ/1983ǵ.

14- أƥد ƥǺ حنبل، ا سند وǿامǌه منتƼب، كǄ العƦال ƭǯ سنǺ ا ǫǃوال واǧǧال، ǁار الفكر.

15- أƥد ƥǺ علƓ ƥǺ حƴر العسƦǪاǿ، Ǩتƶ الباري ƥǌرǳ صحيƶ البƼاري، ǫƸيǪ وǠǴيǪ: عبد العǄيǄ ƥǺ ƥاǃ، ǁار ا عرƥة، ǃ وت.

16- أƥد ƥǺ علƓ ƥǺ حƴر العسƦǪاǿ، التلƼيص ا ƥ Ž ǸرƸƲ أحاǁيث الراǧƓǠ الكƦ ، ǫƸيǪ: ǂǠبان ǂƥد ǚاعيل الناصر القاǿرƧ، مكتبة اƥǰƴية، ǘبعة الكليات اǃǿǄرية.

17- جƢل الديǺ السيوǘƓ، سنǺ النسائƓ، ǁار الكتاǡ العرŸ، ǃ وت.

18- اƤال الديǺ أŸ ƥǺ ƥǂد عبد ! ƥǺ يوسǦ الǄيلعƓ، نǐب الراية ǸرƸƲ أحاǁيث اƬداية، ǫƸيǪ: أƥد ƽǌƥ الديǺ، ǁار الكتب العلمية، لبنان، ǖ1، 1996ǵ.

19- علƓ ƥǺ عƢر الدار قطř، سنǺ الدار قطř، ǁǁ ǗƸǐƫه وǂǠرفيه وǫƸيǪه: عبد ! اǌƥǂ ا دň ا ǂǿاŖ، القاǿرƧ، ǁار ا ǂƄاسǺ، ǘبعة 1386ǿ - 1966ǵ.

20- نور الديǺ علƓ ƥǺ أŸ ƥǰكر اƬيǮƯ، Ʀƽع الǄوائد ومنبع الفوائد، ǁار الكتاǡ العرŸ، لبنان، ǖ3، 1982ǵ.

V- كǐ ƥ ǃǾƽوǷاا ƫǬƯيǭ اǂلمǐƽǂ:

21- اƥǺ أم ا اƱ، التقرير والتحب ، ǁار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الǰانية 1983ǵ.

22- أƥو ƥǰكر السرƻسƓ، أصول السرƻسƓ، ǁار ا عرǧة ƥ وت.

23- اǔمدي، اǃحكاǵ Ž أصول اǃحكاǵ، ǁار الكتاǡ العرŸ، الطبعة اǃوƤ، 1984ǵ.

24- الǌاǘƦƓ، ا واǧقات، ǁار ا عرǧة، ƥ وت، الطبعة الǰانية 1996ǵ.

25- حس ا ƦǬǫƓ ƥوري، عوارǑ اǃǿلية عند اǃصولي ، جامعة أǵ القرǌ، الطبعة اǃوƤ، 1988ǵ.

26- سعد الديǺ مسعوǁ ƥǺ عƢر التفتاǃاň الǌاǧعƓ، ǂǋح التلويƶ علǌ التوǓيƶ ƫ التنقيƶ Ž أصول الفقه، ǁار الكتب العلمية ƥ وت، الطبعة اǃوƤ 1996ǵ.

27- عبد الوǿاǡ ƻǘǯ، علم أصول الفقه، الǄǿراǒ للنǌر والتوǃيع، ا ƾǄائر، الطبعة اǃوƤ 1990ǵ.

28- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2003م.
29- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثالثة، 1997م.
30- عمر بن صالح بن عمر، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003م.
31- نور الدين الخادمي، المصلحة المرسلة حقيقتها وضوابطها، دار ابن حزم، الطبعة الأولى 2000م.
32- ابن قدامة المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي 1983م.
33- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت 1973م.
34- ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت.
35- أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة، الطبعة الثانية 2000م.
36- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، أدب الدنيا والدين، حققه وعلق عليه: مصطفى عبد القادر عطا، مؤسسة الكتب الثقافية، الطبعة الثالثة 2004م.
37- أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، الأحكام السلطانية، دار الفكر، طبعة جديدة منقحة قدمها وعلق عليها: محمد حسين، 1994م.
38- أبي يوسف، الخراج، دار المعرفة، بيروت، 1989م.
39- أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب، عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1401هـ/1981م.
40- أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983م.
41- أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، الطبعة الخامسة 1983م.
42- أحمد فتحي بهنسي، موقف الشريعة من نظرية الدفاع الاجتماعي، دار الشروق، الطبعة الثالثة 1984م.

43- أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م.

44- أحمد محمود الشافعي، رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، النشأة – التطور – العاصر، منشورات الحلبي الحقوقية 2003م.

45- أحمد فتحي بهنسي، موجز أحكام الشريعة الإسلامية في التجريم والعقاب، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى 1985م.

46- السيوطي، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، الطبعة الرابعة 1998م.

47- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي.

48- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت الطبعة الثانية 1986م.

49- برهان الدين أبي الحسن إبراهيم بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، قدم له وراجعه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة، الطبعة الأولى 1406هـ/1986م.

50- بكر عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، دراسة وموازنة، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.

51- تقي الدين ابن تيمية، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، قصر الكتب البليدة.

52- رويعي بن راجح الرحيلي، فقه عمر بن الخطاب، «موافقا لفقه أشهر المجتهدين»، الجزء الأول في الحدود ومؤسستها، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1403 هـ.

53- شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الطبعة الأولى 1997م.

54- شهاب الدين القرافي، الفروق، وبهامشه القواعد السنية في الأسرار الفقهية، لابن الشاط، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى 2002م.

55- عبد الله النواوي، التشريع الجنائي الإسلامي، المكتبة العصرية صيدا.

56- عبد السلام محمد الشريف العالم، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، منشورات E L G A، الطبعة الثالثة 2002م.

57- عد ا نعم أƥد ƌركة، Ž أساسيات التƖ ريع ا ƛ ƜائƋ اqƜƎ ƜƎƟ، مركƎ ƜƎ ƞƃ ƜƎqƜكندرية للكتاƁ.

58- عقيلة حس ، الƖ بهات ا سقطة للƋدوƁ، أو «اƧرƍ ا ƤأƝƞƜ واƞƜأƝƙ ا سƜقطة للعقوƏات ا ترƟبة علƓ جرائم ا دوƁ»، ƁراسƇ فقهية مقارنة علƓ ا ƝƖƠب السنية، ƁƆار اƏƓ حƎƟ، الطبعة اƌ وƈ 2003ƞ.

59- علƏ ƛƏ ƥƏ د حبيب البƖ ري ا اورƁي، اƌحكاƞ السلطانية والولايات الدينيƞة، ƁيƜوان ا طبوعات ا امعية، ا Ǝائر 1983ƞ.

60- ƥƏ د أƏو ƎƢرƐ، ا رƊة والعقوƏة Ž الفقه اqƜƓƝ (العقوƏة)، Ɓار الفكر العرƓ.

61- ƥƏ د أƏو ƎƢرƐ، ا رƊة والعقوƏة Ž الفقه اqƜƓƝ (ا رƊة)، Ɓار الفكر العرƓ.

62- ƥƏ د سعاƁي، حقوƅ اqنسان، Ɓار رƒانة ا Ǝائر، الطبعة اƌ وƈ 2002ƞ.

63- ƥƏ د سƞ مدكور، ا دƞل للفقه اqƜƓƝ، ƠارƊه ومƐاƁرƋ ونƦريƠاƋ العامة Ɓار الكتاƁ ا ديث، الكويƘ.

64- ƥƏ د ƖلتوƘ، اqƜƞ عقيدƐ، Ɓار الƖ روƅ، الطبعة ا اƁية عƖ ر 1983ƞ.

65- ƥƏ د كƏال الديƞ اƏاƞ، نƦرية الفقه Ž اqƜƞ، مدƞل منƓƞƝ، اƟسسة ا ƜامعيƝة ا امعية للدراسات والنƖ ر والتوƐيع 1998ƞ.

66- ƥƏ د نعيم ياس ، الوجيƎ Ž الفقه ا ƛائƓ اqƜƓƝ، مƟسسة اqسراƒ، قسنطينة).

67- مƖ طفƓ أƥد الرƐقا، ا دƞل اƈ نƦرية الالتƎاƞ العامة Ž الفقه اqƜƓƝƝ، Ɓار القلƝم، ƁمƖƄ، الطبعة اƌ وƈ 1999ƞ.

68- مولاي ملياƊ بغداƁي، حقوƅ اqنسان Ž الƖ ريعة اqƜƓمية، قƖ ر الكتاƁ البليدƐ.

69- وƝبة الƎحيلƓ، الفقه اqƜƓƝ وأƁلته، Ɓار الفكر العرƓ، الطبعة اƌ وƈ 1991.

70- وƝبة الƎحيلƓ، حƄ ا رية Ž العاƍ، Ɓار الفكر ا عاصر 2000ƞ.

71- يونƊ عبد القوي السيد الƖ اƓƞ، ا رƊة والعقاƁ Ž الفقه اqƜƓƝ.

VI- كتب التراجم:

72- اƟراƝيم ƛƏ فرحون، الديباƒ ا ƝƖƠب Ž معرفة أعيان علƞاƇ ا ƝƖƠب، Ɓراسة وƞقيƄ: مƟمون ƛƏ ƥƏ ƥƏ الƞديƏ ا ƛان، Ɓار الكتƝب العلƞيƝة، ƛƏ وت، الطبعƝة اƌ وƈ 1417ƝƏ/1996ƞ.

73- ابن فرحون، الديباج المذهب، طبقات المالكية، تحقيق: عبد العليم [illegible]ان، الطبعة الأولى 1407هـ، عالم الكتب، بيروت.
74- أبي الفضل عبد الله بن محمد العباس، الدرّات الثمين في أخبار المذهب، دار الفكر، بيروت الطبعة 1414هـ/1994م.
75- أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى 1423هـ/2004م.
76- شعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه تاريخه ورجاله، دار السلام، المكتبة المكية مكة المكرمة، الطبعة الأولى 1981م، الطبعة الثانية 1998م.
77- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر بيروت.
78- محمد جميل بن عمر البغدادي المعروف بابن شطي، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة: فواز أحمد زمرلي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى 1406هـ/1986.

VII- المراجع القانونية:

أ- قوانين:

79- الدستور الجزائري (استفتاء 28 نوفمبر 1996)، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
80- قانون العقوبات (أمر رقم 66- 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات.
81- قانون الإجراءات الجزائية (أمر رقم 66 – 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ، الموافق 8يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم "21").

ب- كتب قانونية:

82- أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي (الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية منقحة ومتممة في ضوء القانون).
83- أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي (دار النهضة العربية) 1995.
84- أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دار هومة 2003.

85- أسامة عبد الله قايد، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى 2000.

86- أكرم نشأت إبراهيم، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، الدار الجامعية.

87- بوكحيل الأخضر، الحبس الاحتياطي والمراقبة القضائية في التشريع الجزائري والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية.

88- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج 2.

89- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2001.

90- جيلالي بغدادي، التحقيق دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 1999.

91- حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الثانية.

92- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2002.

93- دريادي مليكة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي في ظل الإجراءات الجزائية الجزائرية، منشورات عشاش، الجزائر.

94- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي 1978

سليمان عبد المنعم.

95- رؤوف عبيد، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى قضاء الحكم، دار الجامعة الجديدة 2002.

96- رؤوف عبيد، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر 2002.

97- رؤوف عبيد، أصول علم الإجرام والعقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر 2001.

98- سوزان علي حسن، الوجيز في مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر 2001.

99- عادل قورة، محاضرات في قانون العقوبات القسم العام، الجريمة: ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 1994.

100- عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف.

101- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، النظرية والتطبيق، منشأة المعارف 1996.

102- عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الاستدلال، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2004.

103- عبد الله أوهايبية، ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي، الاستدلال، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2004.

104- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام "الجزء الأول الجريمة"، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1998.

105- علي عبد القادر القهوجي، قانون الإثبات الجنائي دراسة تحليلية انتقادية، دار الجامعة الجديدة للنشر 1996.

106- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام (الدار الجامعية).

107- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة المسئولية.

108- محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون «المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام»، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2002.

109- محمد حسين قاسم، مبادئ القانون «المدخل إلى القانون والالتزامات» كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة 2002.

110- محمد حسين منصور، محمد حسين قاسم، مبادئ القانون.

111- محمد [illegible]، [illegible] المتهم [illegible]، [illegible] عام 2001.

112- محمد زكي أبو عامر سليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر 2002.

113- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، طبعة 2004.

114- محمد صبحي محمد نجم، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1988.

115- محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسئولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1983.

116- محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، دار الهدى عين مليلة الطبعة الأولى 1991، 1992 الجزء الثالث.

117- محمد محمد، الحريات العامة [illegible] وحقوق الدولة في العهد الاستعماري حتى الاستقلال، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى 1991.

118- محمد عبد الرحمن محمد، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري «دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي والمصري والشريعة الإسلامية»، دار النهضة العربية.

119- محمد صبري السعدي، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون «القاعدة القانونية، الحق»، منشورات الحلبي الحقوقية 2002.

120- حمدي باشا عمر، مبادئ الاجتهاد القضائي في المادة العقارية والتقنين المدني والإجراءات المدنية «أحكام الفقه أحكام النقض والتعليقات العامة للبنايات»، دار هومة للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة.

121- معراج جديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة.

122- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون «القاعدة القانونية»، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة 2004.

123- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية، الطبعة الثانية.

124- همام محمد محمود، رمضان أبو السعود، المبادئ الأساسية في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995-1996.

VIII- كتب المقارنة: (الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي):

125- محمد محمد القطب، الحريات في الإسلام وحقوق الإنسان، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية 1984م.

126- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، حقوق وحريات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 2000م.

127- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 1998م.

128- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، 1985م.

129- ƟǁƸǄ الدريǂ، ا ȅ ومدȅ سلطان الدولة Ž تقييدƈ، مؤسسة الرسøالة ǂ وت، الطبعة الƯالƯة، 1984ȳ.

130- Ʒمد أƥد حامد، التداǂ الاحترازية Ž الƬريعة اƫسƜمية والقانون الوǓعƑ، ƽيوان اƢطبوعات اƨامعية.

131- Ʒمد سعيد عبد القاƽر، ǃفه القǊƆاƔ Ž اƫسƜمȳ، مقارناǄ الفقه القǊƆاƑǂø اƨديث وأحدƯ قواعد ǊƆاƔ النقǒ، منƬǂاƩ اƢعارȣ، اƫسكندرية، الطبعة اǂوƅ، 2002ȳ.

132- Ʒمد عƢارǄ، اƫسƜمȳ وحقوƀ اƫنسان، ǓƑرورات لا حقوƀ، عاƁ اƫعرǃة، الكويŤ، 1985ȳ.

133- Ʒمد كƢال الديǺ اǄȳاƯ، اƫسƚولية اƨنائية أساسها وƫطورƬøا، ƽراسøة مقارنøة Ž القانون الوǓعƑ والƬريعة اƫسƜمية، ƽار اƨامعة اƨديدǄ للنƬر 2004ȳ.

134- Ʒمد الƾحيلƑ، حقوƀ اƫنسان Ž اƫسƜمȳ، ƽراسة مقارنة مøع اƫعƜن العƢøƁ Ɩ واƫعƜن اƫسƜمƑ Ɓقوƀ اƫنسان، ƽار الكلم الطيب ǂ وت، الطبعة الƯالƯة 2003ȳ.

135- ƷمƽوƟ ǂƜل مهران، نƲرية اƨ ȅ Ž الفقه اƫسƜمƑ، ƽراسøة مقارنøة، ƽار الƯقافøة العربية، جامعة القاهرǄ، الطبعة اǂوƅ 1998ȳ.

136- وƬبة الƾحيلƑ، نƲرية الǊƆمان أو أحكاȳ اƫسøƚولية اƢدنيøة واƨنائيøة Ž الفقøه اƫسƜمƑ، ƽراسة مقارنة، ƽار الفكر ƽمƬǅ، الطبعة الƯانية 1424Ơø-2003ȳ.

137- يوسƒ الƬيƺ، ƥاية اƁ ȅ Ž حرمة اǂحاƽيث اƪاصة، ƽراسة مقارنة Ž الƬøريعة والتƬريع وحرمة اƁياǄ اƪاصة، ƽار الفكر العرƑ، الطبعة اǂوƅ 1998ȳ.

IX- كƬ ا اللƸة المƝتلƽة:

138- اƫتساȳ القƬاƑ، معƴم اƢصطلƟات القانونية Ž التƬريع اƨ ائري سنة 1992ȳ.

139- اƫعرǃة، ƬرƟ حدوƽ ابن عرǃة (اƬƬداية الكاǃية الƬاǃية، لبيان حقائق اƫماȳ ابøن عرǃة الواǃية)، ǂƑ عبد اƅ Ʒمد اǂنصاري الرصاƝ، Ơقيق: Ʒمد أبو اǂجفان والطاƬøر اƢعموري، ƽار الغرƀ اƫسƜمƑ، ǂ وت، الطبعة اǂوƅ 1993ȳ، (أǂ عبøد اƅ Ʒمøد اǂنصاري الرصاƝ، (ابن عرǃة)).

140- ابن منƲور، لسان العرƀ، (ƽار ǂ وت للطباعة والنƬر).

141- الفǂ وƼ أباƽي، القاموƀ اƤيط، (ƽار اƨيل ǂ وت).

142- علƀ ƌƈ ƏƊƈ ا رجاĆ، التعريفات (ƌ وت، ƅار أحياƅ الترا Ɋ العرŸ، الطبعة اƗو Ƃ 1424ƋƄ/2003ƅ).

X- المƂƄƅƆ ƅƄƂƅƆƅƆ الجامƄƁية:

أ- الرسائل الجامعية:

143- العƔƈري ƅوكƄƄ ƏƊƈ، حقوƀ اƙنسان السياسية وا دنية Ž اƅƈريعة اƙسƜمية، (رسالة ماجست ، اƗزƌر 1980ƅ).

144- ƆاƄ الديƌ عنان، سرية التƂƆيƀ ƌ ا بدأ والتطبيƀ، (مƄكرƋ لنيل ƅهاƅƋ ا اجست Ž القانون ا نائي والعلوƅ ا نائية (جامعة ا ƅائر 2000 – 2001ƅ)).

145- ƏƊƈƅ ƏƊƈ ƏƊƈ، حƀ ا ! وحƀ العبد Ž اƅƈريعة اƙسƜمية، «ƅراسƄ مقارنƄ ƌالقانون الوƂƈƅ»، (رسالة ƅكتوراƋ ƌ اƗزƌر).

ب- المقالات:

146- أƏƊƈ ƄƂƄƅ سرور، ا ƀ Ž ا ياƋ ا اصة، (ƂƆة القانون والاقتƅƆƅ).

147- ƏƅƏƆ ƌƈƄ، حƀ اƗمƌ Ž اƅƈريعة اƙسƜمية، (ƂƆة ا وƁقات، العدƅ الƅالث، جوان 1994، ا عهد الوƂƈ العاƅ Ɨصول الديƌ).

148- عبد ا ƏƊƈ ƏƊƈƅ البعلƄ، ا Ɗƈاية ا نائية للƂƆقوƀ وا ريات أƂناƅ ا ƊƈاكƊƈƄ ا نائية، «ƅراسة مقارنة»، (ƂƆة ا قوƀ، الكويƄ).

149- عبد ا ! أوƄايبية، ƄƂƄƅƅ ا ساكƌ Ž القانون ا ƅائري، (ƂƆلة ا ƅائريƄ للعلوƅ القانونية الاقتƅƆƅية والسياسية، جامعة ا ƅائر، ا ƅƅ 36، رقم2، 1998ƅ).

150- عƏƊƈƄان عبد ا ƂƆƅ ا ƂƆƄ، حƀ اƗمƌ الفرƅي Ž اƙسƜم، «ƅراسة مقارنة ƌالقانون الوƂƈƅ»، (ƂƆة ا قوƀ، العدƅ الƅالث، السنة السابعة، سبتƊƈƅƄ 1983، كلية ا قوƀ، جامعة الكويƄ).

151- ƏƊƄƈƅ ƏƊƈ ƏƊƄƈƅ، سرية الاستدلالات والتƂƆقيقات ا نائية وأƂƆرƋا علƅ ا ƀوƀ اƗساسية للƊƈتهم، (ƂƆة ا قوƀ الكويتية، العدƅ الرابع، السنة السابعة عƅƈر).

152- ƏƊƈƅ ƏƊƈƅ ƅƈƆƅ، سرية التƂƆقيقات ا نائية وحقوƀ الدƄاƅ (ƂƆة القانون والاقتƅƆƅ، العدƅ اƗول، السنة السابعة عƅƈر، مطبعة جامعة ƅƄƈƅ اƗول 1947).

153- مروان محمد، الحماية الدستورية للحريات العامة وحقوق الدفاع أمام الجهات القضائية (موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر).

فـهـرس الـمـوضـوعـات

مقØØدمة

ملخص البحث:

ان ا فوة منǴ ﻪ ȸ !! اbkĕ، وȽبها ql نسان ȸفتهÔ ليفةǹ Ž ا ȷ ر ô ، وȽ Ʉ ȸ ØÓ ØȒ ورورǥ

ﻪ ȸ ȒروراǤ ا ياǥ، ويعتƎ ا Ę Ž ا ȷ ﻪ ȸ الفرǻي أحد ا فوة ااɣ يتوȸȤ عليها الوجوǻ ql نساƆ

ȷ نه امتŐȸ للدعائم واȒȒاناǨ ا ǻية وا عنوية وكØȽ ااȊ رعية القائȸة علɁ اȚاية النفȸ ÈȸǨ البȊ رية ﻪ ȸ

اعتداȸ ǿ ȫȸ ريȸ ȸ، وȸȹ عليها، Ž ا ǥ ا Ę ياǥ الكرȸة ǻون ȸ ǹ ون ﻪ ȸ أي انتهاǿ رȸة ØȸØ ql نسان

ȸوصفه أكرǤ ا ÁȸلوقاǨ وأȸȸها.

وا Ę Ž ا ȷ ﻪ ȸ الفرǻي مقرر Ž النȸ رية العامة للتȸ ر والعقاǢ ȸ ȸ Ȓ أصول وǻعائم ȸ ȸ Ȑ

«ȸ رعية ا رائم والعقوȸاǨ – ȸ ÁÔية ا سǾولية ا نائية – عدǤ ا ȷ ȸر الرجعȸ للقوا ȸ نائيةØȸ»

ȸȸǿ أن الفرǻ لا يȸ عر ȸالطȸȸنينة والراحة واȷ ﻪ ȸ لاȸ ا ȸ ql Ǩ مساǿلته جنائياȸ علɁ أسØا ǠȸȒȸ رعȸ

وقانوƆ عȸ ȸ أȸعال ȸ رمة ارȸكبها ȸȸ Ôȸ فة ȸ ÁÔية. كȸا أن حȸ Ę ا ȷ ﻪ ȸ الفرǻي مكȸȸ ول ØȸqȸراØǻ Ž

النȸ ǤȸاȸǤ ql جراȸǿ وȸ ØȸØȸ ǴȸȸȸØ انسان ql ا Ę Ž الدȸȸ ȸ وحȸور ql جراǿاǨ، وعدǤ اȸ ql ØȸوȸØ ﻪ ȸ

انتهاǿ حرماȸه، وحقه Ž أن يعامل وȸ فةÔ ȸȸائȸة علɁ أساǅ اƎلاǿ . ǥǿ ȸ أن ا Ę Ž ا ȷ ﻪ ȸ وكȸ ȸ ȸ

ﻪ ȸ ا فوة لا ȸد وأن يعرȸ قيوǻ ȸ أساسها عدǤ اȸ دار ﻪ ÔȸȸȸǨ ا ȸȸ اعة وȸȸȸ كȸȸȸȸورورǥ يȸفتȸ ȸ

ا ساكȸ، أو ȸ القاǿ القبȸ علɁ أȸراȸ ǻ، وحǴ اللȸوǿ ȸȸ حبسهم أحياناȸ.

ولكȸ ȸ ȸبقɁ اȸȸȸȸǨ ا راȸقة ȸ Ę ا ȷ ﻪ ȸ Ž ȸل القيوǻ الوارǻǥ عليه سبيل لتȸȸقيȸ Ę ا واȸȸȸØȸة

العاǻلة ȸ ا Ę ا ȸȸȸ ا ȸȸȸ Ž استȸȸ ÔȸلاȸȸǾ ا رȸة والفȸ ȸ علɁ ا رǿ ȸ وا Ę الفرǻي ا ȸȸ Ž

السȸ Ȑمة ااȊ ÁÔية وا رمة ql نسانية، والطȸȸنينة ااȸ ȸȸية، وȸ Ƚ ȸØ وصولاȸ ȸȸ امتŐȸ ا Ę Ž ا ȷ ﻪ ȸØ

اȸ Ę ȸȸ للراحة الدنيوية وȸØȸ ȸȸلاستȸȸȸȸ ȸ ȸ ȸ ، والسعاǻǥ ȷ ȸȸروية Ž عدǤ اȸ ȸȸ الȸ Ôȸد اȸ Ȋ ارȸ ﻪ ȸ

ȸ Ȋ ريع ا فوة اȸȸداȸ، وȸ Ž ȸرورǥ استȸȸȸȸ ȸالطريȸ ȸ Ȋ ا Ę ȸ Ȋ روȸ .